

**UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO**

CAROLINE SCANDELARI RAUPP

**O CRIME DE EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

**BRASÍLIA
2014**

CAROLINE SCANDELARI RAUPP

**O CRIME DE EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à
Faculdade de Direito da Universidade de
Brasília como requisito parcial à obtenção de
grau de Bacharela em Direito.

Orientador: Professor Mestre Pedro Ivo
Rodrigues Velloso Cordeiro.

BRASÍLIA

2014

CAROLINE SCANDELARI RAUPP

**O CRIME DE EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO
ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO SOB A ÓTICA DO
PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE**

Apresentada em 08 de dezembro de 2014.

BANCA EXAMINADORA:

Professor Mestre Pedro Ivo R. Velloso Cordeiro (Orientador – UnB)

Professora Doutora Camila Cardoso de Mello Prando (UnB)

Professor Doutor Vallisney de Souza Oliveira (UnB)

Professor Mestre Marcelo Turbay Freiria (Suplente – UnB)

*Aos meus pais e minhas irmãs, Suzi e Anne, pelo carinho,
amor e confiança, sempre.*

O 18 de maio de 1973 foi o dia em que Araceli Cabrera Crespo, de nove anos incompletos, desapareceu da escola onde estudava para nunca mais ser vista com vida. Araceli foi espancada, estuprada, drogada e morta numa orgia de drogas e sexo, na cidade de Vitória (ES). Seis dias depois do massacre, o corpo foi encontrado num terreno baldio. Sua morte é tão emblemática para a causa que a data de seu desaparecimento se transformou no "Dia Nacional de Combate ao Abuso e Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes".

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo verificar em que medida a tipificação do crime de exploração sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro é consentânea com o princípio da proteção integral e com o princípio da proibição da proteção insuficiente, desde a lacuna na legislação penal até sua previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Penal (após a alteração promovida pela Lei n. 12.015/09). O primeiro capítulo traça os conceitos iniciais do princípio da proibição da proteção insuficiente (*Untermassverbote*), enquanto aspecto do princípio da proporcionalidade. O segundo capítulo compreende a análise histórica da tipificação do delito de exploração sexual de crianças e adolescentes, primeiramente no âmbito internacional, em vista as discussões surgidas perante a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais deram origem a alguns tratados dos quais o Brasil é signatário. Também é abordada sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando da inclusão do artigo 244-A ao ECA pela Lei n. 9.975/2000 e sua adequação ao princípio da proibição da proteção insuficiente. Analisa-se, ainda, o Recurso Especial n. 884.333/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2007, que deu origem à figura do cliente ocasional e afastou a aplicação do referido artigo quando a vítima já se encontra prostituída. O terceiro capítulo aborda as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/09, que incluiu o artigo 218-B ao Código Penal, incluindo “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”. Por último, é feita uma breve análise das alterações propostas pelo Projeto de Lei n. 236/2012, do Senado Federal, que visa alterar o Código Penal Brasileiro.

Palavras-chave: princípio da proibição da proteção insuficiente; princípio da proteção integral; crimes contra a dignidade sexual; exploração sexual infantil.

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo verificar en qué medida la tipificación del delito de explotación sexual de niños y jóvenes en el ordenamiento jurídico brasileño es de acuerdo al principio de la protección integral y el principio de la prohibición de la protección insuficiente, desde la omisión de la legislación criminal hasta la previsión del Estatuto del Niño y del Joven y del Código Criminal (después de la alteración hecha por la Ley n. 12.015/09). El primer capítulo traza los conceptos iniciales del el principio de la prohibición de la protección insuficiente (*Untermassverbote*), en cuanto aspecto del principio de la proporcionalidad. El según capítulo comprende el análisis histórico de la tipificación de delito de explotación sexual de niños y jóvenes, primeramente en ámbito internacional, en vista de las discusiones en la Organización de Las Naciones Unidas (ONU) y en la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que originaran algunos tratados de los cuales el Brasil es signatario. También será tratada su recepción en el ordenamiento jurídico brasileño, con la inclusión del artículo 244-A al Estatuto (por la Ley n. 9.975/2000) y su adecuación al principio de la protección insuficiente. Será analizado el Recurso Especial n. 884.333/SC, juzgado por el Superior Tribunal de Justicia en 2007, que originó la figura del cliente ocasional y alejó la aplicación del referido artículo cuando la víctima ya se encuentra prostituida. El tercer capítulo trata de las alteraciones hechas por la Ley n. 12.015/09, la cual incluyó el artículo 218-B al Código Criminal, incluyendo el “favorecimiento de la prostitución u otra forma de explotación sexual de vulnerable”. Al final, será hecho un breve análisis de las alteraciones propuestas por el Proyecto de Ley n. 236/2012, del Senado Federal, el cual objetiva alterar el Código Criminal Brasileño.

Palabras clave: principio de la prohibición de la protección insuficiente; principio de la protección integral; crímenes contra la dignidad sexual; explotación sexual infantil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE NO DIREITO PENAL	11
1.1 A Teoria Garantista do Direito Penal	11
2 EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES	16
2.1 Considerações iniciais	16
2.2 Aplicação do art. 244-A pelo Superior Tribunal de Justiça e a figura do cliente ocasional e a situação da vítima já prostituída	23
3 EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO CÓDIGO PENAL	32
3.1 Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual infantil, o Projeto de Lei do Senado n. 253/2004 e a Lei n. 12.015/09	32
3.2 Revogação tácita do artigo 244-A do ECA?	36
3.3 Aplicação do novo artigo 218-B na jurisprudência	37
3.4 Lei 12.978/2014 e inclusão do crime de exploração sexual de crianças e adolescentes no rol de crimes hediondos	39
3.5 Exploração sexual infanto-juvenil no Projeto de Lei do Novo Código Penal	41
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48
ANEXO A – Recurso Especial n. 884.333/SC.....	52
ANEXO B – Recurso Especial n. 1.104.802/RS	60

INTRODUÇÃO

Em 22 de maio deste ano, a algumas semanas do início da Copa do Mundo de Futebol, foi publicada a Portaria Interministerial n. 876, do Ministério da Justiça e da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência, com vistas a impedir o

“ingresso no país de pessoa condenada por crime de pornografia ou exploração sexual infanto-juvenil, a ser aplicada pelos agentes no desempenho do controle fronteiriço e de atividades de fiscalização migratória nos portos, aeroportos internacionais e pontos de fiscalização terrestre de migração.”

A Portaria acima foi publicada na mesma semana em que a Presidenta Dilma Rousseff sancionou o projeto de lei que tornou crime hediondo a exploração sexual de crianças e adolescentes (Lei n. 12.978/2014).

Tais medidas reforçam as ações governamentais de proteção integral da criança e do adolescente, proteção prevista no artigo 227 da Constituição Federal de 1988, principalmente no que diz respeito ao crime em comento, cujo combate e punição estão previstos no § 4º do texto constitucional.

Essa preocupação com o tema da exploração sexual comercial de crianças e adolescentes (ESCCA) é recente na agenda dos governos e da sociedade em geral. Somente após o reconhecimento da criança e do adolescente enquanto sujeitos de direitos é que se passou a questionar uma prática de muitos anos atentatória da dignidade infanto-juvenil. Pode-se dizer que até o final dos anos 1980 e começo dos anos 1990, a exploração sexual comercial de crianças e adolescentes não era discutida. O ordenamento jurídico sequer previa o delito, que só foi tipificado em 2001, com a inclusão do art. 244-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), apesar de milhares de crianças e jovens serem exploradas sexualmente para fins comerciais no país.

Segundo dados da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República, em 2013 foram feitas mais de 7 mil denúncias de casos de exploração sexual de menores. Até abril deste ano, foram quase 2 mil denúncias em todos os estados brasileiros.

A exploração sexual comercial é forma de submissão que viola os direitos humanos de crianças e adolescentes em todo o país, colocando-os como seres aos quais é negada a própria condição humana. As vítimas são reduzidas à condição de mercadoria, tratadas como objetos de uso por adultos.

A partir dos anos 1980, começam a surgir as primeiras mudanças no que diz respeito aos direitos da criança e adolescente, inspiradas nos movimentos de mulheres, das

desigualdades raciais, de defesa do meio ambiente, coincidindo ainda com processo de redemocratização iniciado em 1985.

A concepção de que a criança e o adolescente são sujeitos de direitos, aos quais se deve proteção integral, seja por parte da família, da sociedade ou do Estado, é uma conquista recente, recepcionada pelo ordenamento jurídico brasileiro quando da promulgação do texto constitucional de 1988.

Nesse sentido, o tema da exploração sexual de crianças e adolescentes começou a ser debatido a partir do novo texto constitucional e das discussões em âmbito internacional – como a Declaração de Estocolmo – que passaram a reconhecer a necessidade de tipificação do crime de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes.

O artigo 227 da CF88 é claro ao prever a punição de tal crime, conforme se depreende do seu § 4º:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (Redação dada Pela Emenda Constitucional nº 65, de 2010)
§ 4º - A lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Assim, o presente trabalho tem o objetivo de analisar a evolução da previsão legal do crime de exploração sexual de crianças e adolescentes no ordenamento jurídico brasileiro tendo em vista o princípio da proibição insuficiente, da Teoria Constitucional Alemã. Dessa forma, buscaremos verificar de que forma o ordenamento jurídico brasileiro tem se mostrado mais consentâneo com esse princípio, desde a lacuna legislativa, para a inclusão do artigo 244-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, quando foi previsto pela primeira vez o crime de exploração sexual infantil, até a proposta do Projeto de Lei para o Novo Código Penal.

Constitui-se num estudo de natureza empírica, a partir da análise da legislação, da literatura especializada, bem como da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) sobre o tema, estando estruturado em três capítulos.

O primeiro capítulo abordará o princípio da proibição insuficiente, segundo a Teoria Constitucional alemã, tecendo algumas considerações iniciais sobre a aplicabilidade desse princípio no ordenamento brasileiro, a partir do princípio da proporcionalidade, do qual decorre, até seu reconhecimento pela Corte Constitucional alemã.

O segundo capítulo compreenderá a análise histórica da tipificação do delito de exploração sexual de crianças e adolescentes, primeiramente no âmbito internacional, tendo em vista as discussões surgidas perante a Organização das Nações Unidas (ONU) e a Organização Internacional do Trabalho (OIT), as quais deram origem a alguns tratados dos quais o Brasil é signatário. Também será abordada sua recepção pelo ordenamento jurídico brasileiro, quando da inclusão do artigo 244-A ao ECA pela Lei n. 9.975/2000. Analisar-se-á, ainda, o Recurso Especial n. 884.333/SC, julgado pelo Superior Tribunal de Justiça em 2007, que deu origem à figura do cliente ocasional e afastou a aplicação do referido artigo quando a vítima já se encontra prostituída.

O terceiro capítulo abordará as alterações promovidas pela Lei n. 12.015/09, que incluiu o artigo 218-B ao Código Penal relativo ao crime de “favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável”. Será também tratada a Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) da Exploração Sexual Infantil, criada em 2002 pelo Congresso Nacional com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Os trabalhos realizados no âmbito dessa CPMI tiveram como resultado, entre outros, o projeto de lei para a inclusão do artigo 218-B ao Código Penal vigente.

Por último, será feita uma análise das alterações propostas pelo Projeto de Lei n. 236/2012, do Senado Federal, que visa alterar o Código Penal Brasileiro, no que tange o crime de exploração sexual infantil.

1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE NO DIREITO PENAL

1.1 A Teoria Garantista do Direito Penal

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, surgem no Brasil novos marcos teóricos, políticos e jurídicos, de forma que a partir de segunda metade dos anos 90, se iniciam manifestações exigindo a aplicação da doutrina de garantias. Isso porque ainda subsistiam diversos dispositivos legais e entendimentos jurisprudenciais incompatíveis com as garantias fundamentais estampadas na nova Constituição.

O garantismo penal tem como fundamento uma visão de um direito próprio do Estado Social e Democrático. Segundo Gascón Abellán, citado por Fischer (2010),

un derecho garantista establece instrumentos para la defensa de los derechos de los individuos frente a su eventual agresión por *parte de otros individuos y (sobre todo) por parte de poder estatal*; lo que tiene lugar mediante el establecimiento de límites y vínculos al poder a fin de maximizar la realización de esos derechos y de minimizar sus amenazas¹

O marco histórico da teoria garantista é a obra *Direito e Razão*, de Luigi Ferrajoli, juiz italiano do grupo Magistratura Democrática, movimento dos anos 1970 que propunha o uso alternativo do direito. Segundo Fischer (2010), os princípios fundantes dessa corrente seriam

1) princípio da *retributividade* ou da sucessividade da pena em relação ao delito cometido (que demonstra o expreso reconhecimento de Ferrajoli da *necessidade* do Direito Penal, contrariamente a visões *abolicionistas*. Aliás, Ferrajoli reiteradamente tem dito que o garantismo penal é a *negação* do abolicionismo); 2) princípio da *legalidade*: inviável se cogitar a condenação de alguém e a imposição de respectiva penalidade se não houver expressa previsão legal, guardando esta a devida compatibilidade com o sistema constitucional vigente; 3) princípio da *necessidade* ou da economia do Direito Penal: somente se deve acorrer ao Direito Penal quando absolutamente necessário, de modo que se deve buscar a possibilidade de solução dos conflitos por outros meios. É a *ultima ratio* do Direito Penal; 4) princípio da *lesividade* ou da ofensividade do ato: além de típico, o ato deve causar efetiva lesividade ou ofensividade ao bem jurídico protegido, desde que deflua da Constituição (direta ou indiretamente) mandato que ordene sua criminalização; 5) princípio da *materialidade*; 6) princípio da *culpabilidade*: a responsabilidade *criminal* é do agente que praticou o ato, sendo necessária a devida e segura comprovação da culpabilidade do autor; remanescendo dúvidas razoáveis, há se aplicar o aforisma *in dubio pro reu*; 7) princípio da *jurisdicionalidade*: o devido processo legal está relacionado diretamente também com a estrita obediência de que as penas de natureza criminal sejam impostas por quem investido de jurisdição à luz das competências estipuladas na Constituição; 8) princípio *acusatório* ou da separação entre juiz e acusação: numa frase significa *unicamente* que o julgador deve ser pessoa distinta da do acusador; 9) princípio do *encargo da prova*: ao réu

¹ GASCÓN ABELLÁN, Marina. La teoría general del garantismo: rasgos principales. In: CARBONELL, Miguel; SALAZAR, Pedro. *Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*. Madrid: Trotta, 2005. p. 21.

não se deve impor o ônus de que é inocente, pois é a acusação quem tem a obrigação de provar a responsabilidade criminal do imputado; 10) princípio do *contraditório*: sendo inadmissíveis procedimentos kafkianos, deflui do devido processo legal que o réu tem o direito fundamental de saber do que está sendo acusado e que lhe seja propiciada a mais ampla possibilidade de, se quiser, rebater (ampla defesa) as acusações que lhe são feitas.

A Teoria Garantista, na sua faceta Penal, pretende que a elaboração e aplicação de leis se dê com base nos princípios constitucionais, tendo em vista a utilização do direito penal mínimo, ou seja, não há lei sem necessidade, consequência da aplicação do princípio da legalidade, preconizado pelo modelo garantista.

Apenas num Estado Democrático de Direito é possível a aplicação do modelo garantismo, como explica Feldens (2008, p. 67):

O Estado Constitucional de Direito é reconhecidamente o único modelo de Estado habilitado a oferecer suporte ao projeto garantista. Estado constitucional de Direito e garantismo são realidades auto-referentes, apontando, em conjunto, para a formulação de técnicas de garantias idôneas destinadas a assegurar o máximo grau de efetividade aos direitos fundamentais. Nesses termos, o êxito do projeto garantista depende da conformação das diferentes funções que podem ser extraídas da dinâmica dos direitos fundamentais no marco do Estado constitucional, onde operam como proibições de intervenção e imperativos de tutela. Em qualquer caso, os direitos fundamentais funcionam como limites materiais à ação do legislador. Aquilo que constitua seu *núcleo essencial* não está disponível às maiorias parlamentares, nem por ação, *nem por omissão*.

Ocorre que se tem identificado na doutrina e na jurisprudência dominante no país um desvirtuamento da teoria garantista, aplicando apenas seu viés negativo, qual seja, o de coibir excessos por parte do Estado, esquecendo-se do que Feldens coloca como imperativo de tutela, de deveres de proteção

Tal compreensão fragmentada do garantismo foi apelidada por Fischer (2010) de “garantismo hiperbólico monocular”:

Com efeito, e na linha do que já foi dito, têm-se encontrado reiteradas manifestações doutrinárias e jurisprudenciais em que há simples *referência* aos ditames do *garantismo penal*, sem que se veja nelas a assimilação, na essência, de qual a extensão e quais os critérios da aplicação das bases teóricas invocadas. Em muitas situações, ainda, há (pelo menos alguma) distorção dos reais pilares fundantes da doutrina de Luigi Ferrajoli (*quicá* pela *compreensão não integral* dos seus postulados). Daí que falamos que se tem difundido um *garantismo penal* unicamente *monocular e hiperbólico*: evidencia-se desproporcionalmente (hiperbólico) e de forma *isolada* (monocular) a necessidade de proteção *apenas* dos *direitos fundamentais individuais* dos cidadãos que se vêem investigados, processados ou condenados.

O autor explica que o garantismo implica não só a observância dos direitos fundamentais (individuais e coletivos), mas também dos deveres fundamentais do Estado previstos na Constituição. Significa dizer que normas de hierarquia inferior ou mesmo

emendas constitucionais, bem como interpretações judiciais, não podem restringir nem direitos nem deveres fundamentais.

O mesmo autor afirma que a Constituição Federal brasileira de 1988 é garantista, entendendo que a teoria garantista não busca apenas a proteção de interesses e direitos fundamentais individuais. Citando José Luis Martí Mármol, afirma que

el paradigma constitucional incluye asimismo, *según Ferrajoli*, los siguientes *grupos de derechos fundamentales*: derechos políticos (o de autonomía pública), derechos civiles (o de autonomía privada), *derechos liberales (o de libertad)* y *derechos sociales* [grifos do autor].

Esclarece Fischer que o pensamento garantista surgiu da necessidade de fazer frente a um Estado (ou Estados) em que os direitos fundamentais não eram respeitados, representando uma consequência da evolução do que hoje se concebe como direitos fundamentais. Por isso, não se limita a uma aplicação negativa, no sentido de evitar excessos, mas também positiva, de deveres que garantam esses direitos.

O Estado Democrático de Direito possui a obrigação de proteção integral de direitos, que não pode se restringir a uma proteção negativa. Nesse sentido, Feldens propõe uma dupla face da proteção dos direitos fundamentais, a negativa, que tutela as ações excessivas, e outra positiva, contra possíveis omissões do Estado, aplicando o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proporcionalidade constitui um postulado constitucional que, segundo o STF, tem sua *sedes materiae* no preceito constitucional do devido processo legal em sua perspectiva substancial (artigo 5º, LIV, CF). Na doutrina e jurisprudência alemãs, tal princípio é concebido como inerente ao estado de Direito, enquanto garantia básica cuja observação é obrigatória no caso de lesão a direitos e liberdades fundamentais (FELDENS, 2008, p. 81).

Segundo Streck (2008, p. 50),

[o] princípio da proporcionalidade tem sua principal área de atuação no âmbito dos direitos fundamentais, isso porque é o responsável por determinar os limites – máximo e mínimos – de intervenções estatais nas esferas individuais e coletivas, sempre tendo em vista as funções e os fins buscado pelo Estado Democrático de Direito. Essa característica se mostra mais visível quando falamos no Direito Penal, uma vez que, responsável por tutelar os bens jurídicos constitucionais, esse ramo do direito deverá zelar, ao mesmo tempo, pela proibição de abusos – arbitrariedades – estatais, bem como efetivar as necessidades fundamentais do indivíduo e da sociedade conforme estabelecido nas diretrizes constitucionais.

O princípio da proporcionalidade compreende três parciais: os exames de adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Os dois primeiros completam a proporcionalidade em sentido amplo, segundo o qual o meio previsto pelo legislador deve ser adequado e exigível para alcançar o objetivo proposto. A proporcionalidade em sentido

estrito, por outro lado, exige que a limitação imposta pelo legislador esteja numa relação congruente com a importância e o significado do direito fundamental, exige, pois, um juízo concreto de ponderação

Desse modo, considerando o dever estatal de proteção dos direitos fundamentais, cuja eficácia integra o próprio dever (pois, como afirma Feldens, *um dever de tomar medidas ineficazes não faria sentido*), e que a própria Constituição impõe uma proteção mínima, a proporcionalidade surge aqui como proibição de proteção deficiente (FELDENS, 2008, p. 90).

A figura jurídica da proibição da proteção deficiente (*Untermassverbot*) foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional alemão na decisão conhecida como Aborto II, de 28 de maio de 1993, quando os juízes do TCF, baseados nos estudos de Canaris, estabeleceram que “o legislador, por força do mandado constitucional, estaria obrigado a observar a proibição da proteção deficiente no cumprimento do dever prestacional (na forma de deveres de tutela dos direitos fundamentais)”. Assim, deveria o Estado tomar medidas suficientes ao cumprimento do seu dever de tutela, a fim de se obter uma tutela *adequada e eficaz* (FELDENS, 2008, p. 91).

A decisão do Tribunal alemão sugere que a atuação do legislador seria definida por dois limites, um de proibição excessiva para o indivíduo restringido na sua liberdade e outro de proibição de proteção deficiente para o titular do direito a ser tutelado.

A proibição da proteção insuficiente é complementar à função dos direitos fundamentais como imperativos de tutela, demandando uma atuação estatal ativa para o integral desenvolvimento desses direitos. A partir desse recurso de controle de constitucionalidade seria possível identificar um mínimo de medidas estatais com vistas ao dever de tutela. O exame desse mínimo de proteção ocorreria na segunda fase da proporcionalidade, a da necessidade, a fim de definir qual a proteção mínima necessária para a efetiva tutela de direitos.

Por meio desse recurso de jurisdição constitucional, autorizar-se-ia a retirada de normas que conferissem uma infraproteção, que retirassem a proteção legal garantida a um direito fundamental (FELDENS, 2008, p. 94). Assim, uma proteção eficiente de direitos fundamentais implicaria não só a proibição de excessos como também de déficits de proteção.

Nas palavras de Gavião (2008, p. 102),

Com efeito, assim como o Estado pode agir desproporcionalmente ao efetivar seu dever de proteção e acabar por afetar um direito fundamental – hipótese que corresponde ao controle de constitucionalidade de medidas restritivas com base no princípio da proporcionalidade em seu viés de proibição de excesso – poderá, da mesma forma, frustrar seu dever de proteção agindo de forma insuficiente (ou não agindo, no caso de omissão), e ficar aquém do mínimo exigido constitucionalmente

– hipótese que corresponde ao controle de constitucionalidade do ato ou da omissão estatal com base no princípio da proporcionalidade em seu viés da proibição de proteção deficiente.

A mesma autora reafirma que o princípio da proibição da proteção deficiente permitiria o afastamento de normas que introduzam situação de desproporcionalidade entre bens jurídicos.

No direito penal, a importância do princípio da proibição da proteção deficiente é reconhecida na medida em que o Estado não guarda apenas liberdades negativas. O Estado de Direito possui então dupla função de proteção da sociedade: proteção contra o arbítrio do poder e função de concretização dos direitos prestacionais, além de proteger os cidadãos contra condutas delitivas de terceiros.

Nos capítulos seguintes, revisaremos a legislação brasileira no que concerne o delito de exploração sexual infantil, a fim de identificar sua adequação ao princípio da proibição da proteção insuficiente.

2 EXPLORAÇÃO SEXUAL COMERCIAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

2.1 Considerações iniciais

A doutrina divide a consolidação dos direitos da criança e do adolescente no Brasil em três períodos: a) o da indiferença; b) da situação irregular, do final do século XIX até 1989; e c) da proteção integral, a partir da Constituição Federal de 1988 (ALBERTON, 2005).

O primeiro período caracteriza-se pela total indiferença aos direitos das crianças e adolescentes, não havendo qualquer interferência do Estado por meio de políticas públicas ou legislação específica. Neste período, que compreende desde a chegada dos portugueses até a Independência, em 1822, não houve qualquer iniciativa de proteção da infância e da adolescência, salvo aquelas de cunho religioso.

Com a independência, surgem as primeiras associações de assistência social, à crianças órfãs e pobres. Surge então a doutrina jurídica da situação irregular, na medida em que os instrumentos normativos se destinavam ou à criança incluída num ambiente familiar ou àquela em “situação irregular”, o menor carente. Em 1927 foi editado o Código de Menores (Decreto n. 17.943-A/1927), conhecido como Código Mello Matos, destinado à crianças de 0 a 18 anos em estado de abandono, como previa o seu artigo 1º: *“O menor, de um ou outro sexo, abandonado ou delinquente, que tiver menos de 18 annos de idade, será submettido pela autoridade competente ás medidas de assistencia e protecção contidas neste Codigo”*.

O Código foi substituído pela Lei n. 6.697, de 1979, editada em pleno período militar, que manteve o caráter assistencialista do anterior, acrescentando medidas repressoras, voltadas ao controle de crianças abandonadas (o artigo 1º fala em proteção, assistência e *vigilância* do menor).

Nota-se que o ordenamento jurídico brasileiro até então ia de encontro às mudanças ocorridas no plano internacional. Em 1948, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos Humanos, com a pretensão de reconhecer direitos fundamentais a todas as pessoas, aí incluídas a criança e o adolescente. Em 1959, foi adotada a Declaração Universal dos Direitos da Criança. No mesmo ano da instituição do Segundo Código de Menores no Brasil, em 1979, foi declarado pela ONU o ano internacional da criança e instituída uma comissão responsável pela elaboração da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, que viria a ser aprovada pela ONU em 1989.

Somente com a promulgação da Constituição Federal de 1988 é que crianças e adolescentes foram reconhecidos enquanto sujeito de direitos, com a consagração do princípio da proteção integral, incorporado pelo ordenamento jurídico antes mesmo da Convenção Internacional dos Direitos da Criança, em 1989 (CUSTODIO, 2008, p. 27).

A Teoria da Proteção Integral

desempenha papel estruturante no sistema na medida em que o reconhece sob a ótica da integralidade, ou seja, o reconhecimento de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e, ainda, direitos especiais decorrentes da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, que se articulam, produzem e reproduzem de forma recíproca.(CUSTÓDIO, 2008, p. 32)

O paradigma da proteção integral foi ratificado no texto do Estatuto da Criança e do Adolescente, em seus artigos 3º e 4º:

Art. 3º **A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei**, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º **É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos** referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária. (grifo nosso)

É a partir dessa mudança de paradigma, com o reconhecimento de direitos fundamentais a crianças e adolescentes, que se passa a repudiar qualquer tipo de violência contra menores, surgindo assim as primeiras iniciativas de combate a toda forma de violência, entre elas a exploração sexual comercial. No Congresso Brasileiro, o tema ganhou destaque com a implantação em 1992 da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) para investigar denúncias de violências contra mulheres e, um ano depois, com a implantação de outra CPI para investigar denúncias de extermínio de crianças e adolescentes.

Os trabalhos realizados no âmbito das duas CPIs, em que pese não terem tido o objetivo de analisar a questão da exploração sexual infantil, acabaram revelando a existência de violência sexual contra crianças. O Relatório final da CPI de 1993 revelou números assustadores: estimou-se que cerca de 500 mil meninas sobreviviam do comércio do próprio corpo (MELO, 2013, p. 24).

Em 1995 foi realizada a 1ª Campanha Nacional de Combate ao Abuso e à Exploração Sexual Infanto-Juvenil, refletindo a preocupação surgida em relação ao tema.

Apesar de a Convenção sobre os Direitos das Crianças, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 20 de novembro de 1989, e oficializada como lei internacional no ano

seguinte, ter exigido o comprometimento dos Estados Partes para a proteção da criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual², a tipificação legal do crime de exploração sexual infanto-juvenil, contudo, só veio no ano 2000, após a Declaração de Estocolmo e a Convenção n. 182 da OIT.

Em 1996, foi realizado em Estocolmo, Suécia, o “I Congresso Mundial Contra A Exploração Sexual de Crianças e Adolescentes”. O encontro foi importante não só pela adesão de diversos países e entidades sociais, mas também por definir os conceitos relacionados à temática da exploração sexual de crianças, inclusive o próprio conceito de exploração sexual comercial, conforme os termos seguintes:

A Exploração Sexual Comercial de Crianças é uma violação fundamental dos seus direitos. Constitui-se em uma forma de coerção e violência contra as crianças, que pode implicar em trabalho forçado e formas contemporâneas de escravidão. São vários os fatores que contribuem para a exploração sexual comercial de crianças, dentre os mais complexos temos as disparidades econômicas; as estruturas sócio-econômicas injustas; a desintegração familiar; a questão da educação, consumismo; a migração rural-urbana; a discriminação de gênero; a conduta sexual masculina irresponsável; as práticas tradicionais nocivas e o tráfico de crianças. Portanto, a pobreza não pode ser considerada como o único fator determinante do fenômeno. Todos esses fatores aumentam a vulnerabilidade de meninas e meninos, frente àqueles que buscam utilizá-los para fins de exploração sexual comercial.

A Declaração ainda destacou os fatores associados à exploração sexual comercial de crianças e adolescentes (ESCCA), como a desigualdade social e econômica, o consumismo característico do mundo contemporâneo, as práticas sexuais e a discriminação de gênero.

Importante destacarmos que no início dos anos 90, a presença de crianças e adolescentes no mercado do sexo era chamada de Prostituição Infanto-Juvenil. Consoante esclarece Faleiros (2000, p. 18):

Não se havia ainda aprofundado os estudos do fenômeno enquanto mercado, exploração, e muito menos como produção industrial pornográfica. O incremento do turismo sexual e o desenvolvimento de todo seu mercado (inclusive o tráfico de crianças e adolescentes, principalmente do sexo feminino), e posteriormente o surgimento e rápida expansão do sexo via Internet, possibilitou uma maior clareza sobre a importância da pornografia enquanto forma de exploração de crianças e de adolescentes.

Percebeu-se que a prostituição não é o único fenômeno caracterizado como exploração. Em 1998, o Instituto Interamericano del Niño definiu as quatro modalidades da

² Dispõe o seu artigo 34:

“Os Estados Partes comprometem-se a proteger a criança contra todas as formas de exploração e abuso sexual. Nesse sentido, os Estados Partes tomarão, em especial, todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir:

- a) o incentivo ou a coação para que uma criança dedique-se a qualquer atividade sexual ilegal;
- b) a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais;
- c) a exploração da criança em espetáculos ou materiais pornográficos.”

ESCCA: a prostituição, o turismo sexual, a pornografia e o tráfico para fins sexuais, definições essas que foram ratificadas no II Congresso Mundial Contra a Exploração Sexual Comercial de Crianças, realizado no Japão em 2001 (LIBÓRIO, 2007, p. 23). São elas:

- 1) *Prostituição infantil*: é o uso de uma criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou outras formas de consideração;
- 2) *Tráfico e venda de crianças para propósitos sexuais*: é o tráfico consistente em todos os atos envolvendo o recrutamento e transporte de pessoas entre ou através de fronteiras e implicam engano, coerção, alojamento ou fraude com o propósito de colocar as pessoas em situações de exploração, como a prostituição forçada, práticas similares à escravidão, trabalhos forçados ou serviços domésticos exploradores, com o uso de extrema crueldade;
- 3) *Pornografia infantil*: é qualquer representação através de quaisquer meios de uma criança engajada em atividades sexuais explícitas, reais ou simuladas ou qualquer exibição impudica de seus genitais com a finalidade de oferecer gratificação sexual ao usuário, e envolve a produção, distribuição e/ou uso de tal material;
- 4) *Turismo sexual*: é a exploração sexual comercial de crianças por pessoas que saem de seus países para outros, geralmente países em desenvolvimento, para ter atos sexuais com crianças.³

As definições acima utilizam a expressão “criança” tendo em vista o disposto no artigo 1º da Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança, segundo o qual criança é “qualquer pessoa com idade abaixo de 18 anos, a menos que as leis aplicáveis a ela lhe confiram maioridade antes dessa idade” (CONGRESSO DE ESTOCOLMO, 1996, p. 2), o que, no Brasil, abrangeria tanto a criança quanto o adolescente, consoante disposto no artigo 2º do ECA.

Outro diploma internacional relevante para o tema foi a Convenção n. 182 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil em 1999 e incluída no ordenamento pátrio pelo Decreto n. 3597/2000. Em que pese alguns autores não considerarem a exploração sexual como atividade laboral, reconhece-se que muitas crianças buscam esse tipo de atividade como alternativa de trabalho e subsistência (MELO, 2013, p. 56).

O foco da Convenção n. 182 da OIT foi o combate às diversas formas de exploração infantil, como, por exemplo, a escravidão, o trabalho forçado, o tráfico de crianças, prostituição, pornografia, entre outros.

Dispõe o referido instrumento que:

- Art. 1 - Todo Membro que ratifique a presente Convenção deverá adotar medidas imediatas e eficazes para assegurar a proibição e eliminação das piores formas de trabalho infantil, em caráter de urgência.
- Art. 2 - Para efeitos da presente Convenção, o termo “criança” designa toda pessoa menor de 18 anos.
- Art. 3 - Para efeitos da presente Convenção, a expressão “as piores formas de trabalho infantil” abrange:

³ ECPAT *apud* LIBÓRIO, 2007, p. 24.

[...]

b) a utilização, o recrutamento ou a oferta de crianças para a prostituição, a produção de pornografia ou atuações pornográficas.

Destaca-se que a convenção deixou claro a responsabilização também do usuário/cliente da exploração sexual, como se percebe da alínea b do artigo 3, ao incluir o termo “utilização”, de forma a alcançar não somente os agenciadores e aliciadores, mas aqueles que de forma direta concorrem para a exploração sexual (MELO, 2013, p. 57).

Após a Declaração de Estocolmo, com suas definições e agenda de compromissos, é que começam a surgir as primeiras tentativas de intervenção por parte do governo brasileiro, como a criação do Plano Nacional de Direitos Humanos (PNDH 1), do Programa de Erradicação do Trabalho Infantil (PETI) e do Programa de Atendimento às Vítimas de Violência Sexual contra Crianças e Adolescentes (Programa Sentinela), os quais trataram expressamente da temática da ESCCA. O PNDH 1, por exemplo, propunha alterações na legislação penal brasileira com vistas à tipificação do crime de ESCCA (MELO, 2013, p. 30).

Apesar disso, desde o início dos anos 1990, tramitava no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 590, de autoria da Deputada Luiza Erundina. Vale transcrever a Justificação ao projeto que culminou com a inclusão do artigo 244-A ao ECA, quando diz que

O Brasil ratificou em 24 de setembro de 1990, a Convenção sobre os Direitos da Criança da Organização das Nações Unidas (ONTJ), adotada pela Resolução n. 44 (XLIV) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de novembro de 1989.

Ao ratificar esse tratado internacional, assumiu o Estado Brasileiro o compromisso perante os demais Estados de adotar todas as medidas necessárias para “impedir a exploração da criança na prostituição ou outras práticas sexuais ilegais” (art. 34, “b”).

Entretanto, com relação às medidas legislativas adotadas pelo Brasil, a aprovação do Estatuto da Criança e do Adolescente, embora seja reconhecidamente uma legislação avançada e considerada exemplar pela UNICEF, não atendeu a todos os compromissos internacionalmente assumidos.

Com efeito, não estabeleceu a Lei 8.069, de 13 de julho de 1990, a tipificação penal da conduta de manter casa de exploração infantil razão pela qual se faz oportuna e necessária a presente propositura.

Acresça-se a isso que a 27ª Sessão do Tribunal Permanente dos Povos, realizada em 1998 e 1999 em várias capitais de Estados do Brasil e que teve como tema “A Violação dos Direitos Fundamentais da Criança e do Adolescente no Brasil – distanciamento entre a lei e a realidade vivida”, proferiu sentença em São Paulo, entre 17 a 19 de março último, apontando como uma das medidas a serem adotadas, a repressão à exploração sexual de crianças e adolescentes.

Dessa forma, a fim de adequar a legislação pátria ao mencionado tratado internacional e de proporcionar a adequada proteção às crianças e adolescentes vitimadas pela exploração da prostituição, apresentamos esta propositura, confiando em sua aprovação pelos nobres pares.”

O referido projeto só foi transformado em lei ordinária em 2000, quando foi sancionada a Lei n. 9.975, em 23 de maio daquele ano, a qual incluiu o artigo 244-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente, tendo o seguinte teor:

Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

§ 1º Incorrem nas mesmas penas o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão de criança ou adolescente às práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 2º Constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Mais de uma década após a promulgação da Constituição Federal, que previu a punição do crime de exploração sexual infantil, é que o ordenamento jurídico brasileiro tipificou o referido delito.

Até então, não havia previsão específica do crime. A redação original do ECA tratou apenas da pornografia infantil, nos artigos 240 e 241, definindo como crime a produção ou direção de representação teatral, televisiva ou cinematográfica, utilizando-se de criança ou adolescente em cena de sexo explícito ou pornografia.

Não havia previsão das demais modalidades de ESCCA, quais sejam, prostituição, o turismo sexual e o tráfico para fins sexuais. O Código Penal de 1940, na redação original do artigo 228, tipificou o crime de favorecimento à prostituição, fixando pena de 2 a 5 anos de reclusão para quem induzisse, atraísse, facilitasse ou impedisse alguém de deixar a prática de prostituição. A pena seria aumentada caso a vítima fosse maior de 14 anos e menor de 18 anos (se se tratasse de vítima menor de 14 anos, estaria configurado o crime de estupro ou atentado violento ao pudor, tendo em vista a presunção de violência).

Ocorre que o dispositivo do Código Penal não recriminava o exercício da prostituição, mas apenas os intermediadores e agenciadores, aqueles que exploravam a atividade sexual, objetivando impedir a mercantilização do sexo (MELO, 2013, p. 61). Melo associa a esta lacuna do ordenamento o fato de a prostituição infantil ser considerada com certa naturalidade pela sociedade em geral, dando-lhe o mesmo tratamento da prostituição exercida por adultos.

Assim, durante toda a década de 90, não houve tipificação da prostituição infantil e outras modalidades da ESCCA, tal qual definidas pela Declaração de Estocolmo, o que somente veio a ocorrer com a inclusão do crime de “submissão de criança e adolescente à prostituição ou exploração sexual” ao ECA em 2000.

Contudo, a alteração legislativa deu origem à divergência de interpretação, tanto doutrinária quanto jurisprudencial, sobre o alcance da norma penal, quem deveria ser responsabilizado e em quem incidiria.

O objetivo do projeto era a criação de um instrumento legal que punisse aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíssem para a exploração sexual de crianças e adolescentes,

conforme se extrai do registro das discussões ocorridas durante a apreciação do projeto de lei (TCHORBADJIAN *in* CURY, 2010, p.1108).

O bem jurídico tutelado pelo dispositivo é a integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, enquanto pessoas na condição de desenvolvimento.

Segundo, Tchorbadjian

comete o delito quem submete a criança ou o adolescente a exploração sexual ou a prostituição. Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para prática sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem. Incide nas penas previstas para este delito tanto aquele que mantém o contato sexual com a criança ou adolescente, numa relação mercantilizada, como aquele que, embora não mantendo contato sexual direto com a criança ou o jovem, auferir vantagem com o contato destes com terceiro. (2010, p. 1110)

Assim, segundo esta autora, sujeita-se ao crime do artigo 244-A do ECA também aquele que mantém contato sexual com a vítima.

Por outro lado, Condack (2007, p. 891), ao analisar o mesmo dispositivo, entende que incide somente aquele que dolosamente leva a criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual e não com ela mantém contato libidinoso.

Na linha do princípio da proibição da proteção insuficiente, destacamos trecho do voto do Min. Gilmar Mendes no HC n. 102.087/MG, em que foi reconhecido que o § 4º do art. 227 determina a criminalização de conduta, traduzindo outra dimensão de direitos fundamentais, decorrente de sua afeição objetiva na ordem constitucional.

Tal concepção legitima a ideia de que o Estado se obriga não apenas a observar os direitos de qualquer indivíduo em face das investidas do Poder Público (direito fundamental enquanto direito de proteção ou de defesa – *Abwehrrecht*), mas também a garantir os direitos fundamentais contra agressão propiciada por terceiros (*Schutzpflicht des Staats*).

A forma como esse dever será satisfeito constitui, muitas vezes, tarefa dos órgãos estatais, que dispõem de alguma liberdade de conformação³. Não raras vezes, a ordem constitucional identifica o dever de proteção e define a forma de sua realização.

A jurisprudência da Corte Constitucional alemã acabou por consolidar entendimento no sentido de que do significado objetivo dos direitos fundamentais resulta o dever do Estado não apenas de se abster de intervir no âmbito de proteção desses direitos, mas também de proteger tais direitos contra a agressão ensejada por atos de terceiros⁴.

Essa interpretação da Corte Constitucional empresta, sem dúvida, nova dimensão aos direitos fundamentais, fazendo com que o Estado evolua da posição de "adversário" para uma função de guardião desses direitos⁵.

E acrescenta o relator do acórdão que

Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (*Eingriffsverbote*), expressando também um postulado de proteção (*Schutzgebote*). Utilizando-se da expressão de Canaris, pode-se dizer que os direitos

fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (*Übermassverbote*), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (*Untermassverbote*).

Assim, a norma penal contida no §4º do art. 227 explicitaria um dever de proteção, traduzido num mandado de criminalização expresso dirigido ao legislador, sendo assim limitação à liberdade de configuração do legislador penal.

Ainda segundo o princípio da proibição da proteção insuficiente, a norma contida no artigo 244-A do ECA não seria adequada na medida em que não protegeria o direito fundamental de maneira ótima, ou seja, não realiza o direito fundamental de proteção, conforme se verá da análise do principal, e mais polêmico, precedente do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 2007.

2.2 Aplicação do art. 244-A pelo Superior Tribunal de Justiça e a figura do cliente ocasional e a situação da vítima já prostituída

Prevalece na doutrina e na jurisprudência dos tribunais brasileiros a interpretação reducionista do artigo 244-A do ECA, segundo a qual o dispositivo alcançaria apenas os agenciadores, aliciadores e cafetões, ou seja, os terceiros que intermediam a relação sexual de um adulto com uma criança ou adolescente explorada sexualmente.

Além disso, essa interpretação entende não incidir o disposto no artigo acima quando a vítima já se encontrar prostituída, tornando relevante, dessa forma, o comportamento social da vítima.

Exemplificativo desse entendimento é o posicionamento de Nucci (2009, p. 704 *apud* MELO, 2013, p. 71), que afirma:

Entendemos que, querendo-se aplicar esta figura típica, deve-se afastar a possibilidade de considerar sujeito passivo a pessoa já prostituída, por total atipicidade. Como punir aquele que induz (dá a ideia) alguém à prostituição se essa pessoa já está prostituída? [...] o objeto jurídico do tipo penal, já está nitidamente comprometido, de forma que não se vê razão lógica para tal.

O mesmo autor ainda defende a possibilidade de haver consentimento válido por parte da(o) adolescente (menor de 18 anos e maior de 14 anos) para prática de ato sexual quando este já se encontra prostituído:

Uma menor de 14 anos prostituída, que já tenha tido inúmeros contatos sexuais, com a ciência geral da comunidade, inclusive de seus pais, não poderia ser considerada incapaz de dar seu consentimento. Não seria razoável – e o direito, em última análise, busca a justiça – punir o agente por exploração, caso mantenha com a jovem conjunção carnal.

Os principais argumentos para a não incidência do artigo 244-A do Eca são: a) o tipo penal alcança somente aliciadores e terceiros; b) não pode ser vítima adolescente já inserida na prostituição; e c) exige-se uma habitualidade na prática sexual com criança ou adolescente, de forma que o usuário ocasional não é alcançado pela norma.

Paradigmático desse entendimento foi o julgamento do Recurso Especial n. 833.844, em 2007 pela 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (Anexo A). O acórdão foi assim ementado:

CRIMINAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. CLIENTE OU USUÁRIO DO SERVIÇO PRESTADO PELA INFANTE JÁ PROSTITUÍDA E QUE OFERECE SERVIÇOS. NÃO ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de "exploração sexual" nos termos da definição legal.

II. Hipótese em que o réu contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, o que não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual.

III. Caso em que a adolescente afirma que, argüida pelo réu acerca de sua idade, teria alegado ter 18 anos de idade e ter perdido os documentos, o que afasta o dolo da conduta do recorrido.

IV. A ausência de certeza quanto à menoridade da "vítima" exclui o dolo, por não existir no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. E, em se tratando de delito para o qual não se permite punição por crime culposos, correta a conclusão a que se chegou nas instâncias ordinárias, de absolvição do réu.

V. Recurso desprovido. (STJ, REsp 884333/SC, Relator Ministro Gilson Dipp, 5ª Turma, julgado em 10/05/2007, DJU de 29/06/2007).

Tratava-se de denúncia em que um caminhoneiro contratou adolescente de 14 anos para com ele praticar relações sexuais mediante pagamento de determinada quantia. Os dois foram flagrados por uma operação conjunta do Conselho Tutelar e Polícia militar, consoante relatório do acórdão:

[...]

No dia 01 de março de 2002, por volta das 23h30m, o denunciado JURACI BRESSIANI, visando saciar sua lascívia, contribuindo à disseminação da prostituição infanto-juvenil submeteu, nesta cidade de Xanxerê, a adolescente FRANCIELE SOARES, com 14 anos de idade, à prostituição, ou à exploração sexual, contratando-a para programa sexual, ao qual fora surpreendido em seu veículo caminhão, estacionado no pátio da empresa Viccini Pneus, junto à rodovia BR 282, mantendo congresso carnal com a referida adolescente, durante a operação conjunta do Conselho Tutelar e Polícia Militar deste Município, [...]

O acusado foi denunciado como incurso no artigo 244-A do ECA, alegando o Ministério Público que o dispositivo incide não somente sobre aliciadores, de forma que também pratica exploração sexual infantil aquele que paga para ter relação sexual com adolescente.

O juiz de primeiro grau absolveu o réu com base na teoria minimalista acima comentada, arguindo que não comete exploração sexual aquele que ocasionalmente mantém relação sexual com adolescente já prostituída, conforme trecho da sentença reproduzido no acórdão do STJ:

No entanto, por mais esforço que se faça, tenho por impossível sustentar que o ‘cliente’ da prostituta ‘submete-se à prostituição’. Ele aproveita uma condição pré-existente, que lhe é oferecida, para obter a satisfação de sua lascívia. Em certo sentido, pode-se dizer que ele contribui para que a prostituta permaneça prostituta. Tomando-se o verbo ‘explorar’ no sentido de ‘obtenção de proveito’, e considerando-se o prazer sexual um ‘proveito’, pode-se até dizer que ele a ‘explora’. Mas a despeito desses considerandos, o verbo ‘submeter’ não cabe nesse contexto. Aliás, é importante lembrar que sempre que o legislador quis punir atos sexuais, seja porque praticados mediante violência ou grave ameaça, seja porque o praticante estaria se aproveitando de outrem, fê-lo de maneira clara e expressa, utilizando os verbos “manter”, “praticar”, “constranger” e, o mais importante, associando esses verbos às expressões ‘conjunção carnal’ e ‘ato libidinoso’. Os redatores do art. 244-A não tinham motivos para abandonar essa técnica se o que tinham em mente fosse incorporar tais condutas à legislação menorista.

...

Assim, sua conduta é atípica.

Ressalvo que, tanto sob a ótica do art. 244-A do ECA quanto do art. 218 do CP, a absolvição seria medida impositiva em razão do erro de tipo.

É que ambos os crimes só admitem a modalidade dolosa, ou seja, dever ter o acusado a consciência de que está mantendo relações sexuais com menor de 18 anos. No caso, o réu desconfiou da idade da vítima. Perguntou quantos ela tinha e, não satisfeito com a resposta de que era maior, chegou a lhe pedir a carteira de identidade, que não lhe foi mostrada sob a desculpa de que o documento havia sido perdido. Contentou-se, então, com a afirmação verbal de Franciele.

Ora, tudo isso leva a crer que a menor aparentava ser mais velha do que era, deixando o réu com dúvidas se ela tinha mais ou menos que 18 anos.

Ou seja, o réu acreditava que ela era maior, mas não tinha certeza. Assim, ante a existência de uma dúvida, foi ele, portanto, imprudente ao se contentar exclusivamente com a palavra de Franciele.

...

Como o art. 244-A do ECA e o art. 218 do CP não admitem a punição por crime culposos, inviável a condenação.

Ao julgar a apelação ministerial, o Tribunal manteve a absolvição, acrescentando que o verbo submeter, núcleo do tipo, “*traduz a ação de ‘subjugar, sujeitar, obrigar a criança ou adolescente a praticar a prostituição ou atos outros que estimulem a concupiscência de outrem com o fim de obter vantagem, ainda que não necessariamente de cunho econômico’*”, de forma que o usuário do serviço de adolescente já prostituída não a submete à exploração sexual.

Novamente, percebe-se que o foco deixa de ser o usuário, aquele que explora a adolescente ou criança, e passa a ser a própria vítima, em virtude de seu comportamento social.

O relator do acórdão, Ministro Gilson Dipp, afirmou inexistir exploração sexual quando a vítima já estiver inserida no contexto da prostituição, porque a definição legal do

artigo 244-A exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual, e acrescenta que o dispositivo abrange tão somente o terceiro que promove a prostituição, e não abarca o usuário do “serviço”, adotando a teoria defendida por alguns autores de que seria válido o consentimento de adolescente já prostituída:

Dentro desse contexto, o crime previsto no art. 244-A do ECA, parece não abranger, de fato, a figura do cliente ocasional, diante da ausência de “exploração sexual” nos termos da definição acima referida.

O mencionado dispositivo abrange a figura do rufião, do cafetão, isto é, daquele que promove a prostituição do menor, mas em nenhum momento a doutrina cita a figura daquele que se utiliza do “serviço” prestado pela criança ou adolescente já entregue à prostituição.

A conduta do réu, no presente caso, que contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual.

O ministro, acompanhado por seus pares, foi além e afastou a aplicação do artigo 244 do Código Penal (corrupção de menores) porque a iniciativa de oferecer serviços sexuais foi inteiramente da adolescente.

A construção argumentativa da decisão utiliza-se de interpretação gramatical, restrita à semântica do verbo submeter, que, ao invés de buscar a proteção da criança ou adolescente, bem jurídico do tipo penal, foi interpretado de forma a justificar o afastamento da incidência do dispositivo no caso de adolescente prostituída.

Percebe-se, com o precedente acima, haver uma relativização do princípio constitucional da proteção integral, na medida em que esse posicionamento, doutrinário e jurisprudencial, deixa desprotegida parcela significativa de crianças e adolescentes que, por diversos motivos, são explorados sexualmente.

Nota-se um retrocesso à teoria da situação irregular, que limita a proteção daquela criança ou menor em situação de abandono e divide crianças e adolescentes em dois grupos: aquele dos inseridos num contexto familiar e de comportamento social aceitável e aqueloutro, de menores abandonados e de moral questionável.

A decisão do STJ, ainda amplamente citada e aplicada por aquele Tribunal e outros tribunais brasileiros, reflete o preconceito com o menor em situação de necessidade.

A decisão, em nenhum momento, questiona as condições materiais da adolescente, não fala de seu histórico familiar, seu desenvolvimento escolar e social. A vítima sofre então uma segunda violação de seus direitos, que lhe são retirados quando da decisão judicial pela sua situação de prostituída, a qual acaba por determinar sua situação de sujeito de direitos.

O mesmo entendimento foi aplicado pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios (TJDFT) em 2010:

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. EXPLORAÇÃO SEXUAL. VÍTIMAS JÁ INICIADAS NA PROSTITUIÇÃO. CLIENTE OCASIONAL. NÃO ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DESCRITA NO TIPO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO.

O tipo do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente exige, para caracterização do crime de exploração sexual de criança ou adolescente, a submissão da vítima às atividades de prostituição.

Não se enquadra no tipo penal a realização, por cliente ocasional, de atos sexuais com menor que já exercia a prostituição.

(TJDFT APN 20050020085476, Relator: CARMELITA BRASIL, Revisor: WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Conselho Especial, Data de Julgamento: 15/06/2010, Publicado no DJE: 23/06/2010)

A relatora, após longa análise das motivações da criação do artigo 244-A do ECA, bem como a importância do combate à exploração sexual, citando a problemática do turismo sexual no Brasil, relativiza a aplicação do dispositivo, fazendo referência ao princípio da legalidade, que exigiria uma interpretação analítica do artigo. Vejamos:

O crime descrito na denúncia restou introduzido no ECA pela Lei nº 9.975, de 23 de junho de 2000, e ostenta a seguinte redação:

“Art. 244-A – Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput no artigo 2º desta Lei à prostituição ou à exploração sexual”.

O douto membro do Ministério Público que subscreveu as alegações finais realizou precioso estudo da discussão do projeto que se converteu na referida Lei, destacando que o Parlamento Brasileiro mobilizou-se para dar uma resposta penal a ações evitadas de desrespeito à cidadania e aos direitos humanos: a prostituição infanto-juvenil.

No particular, transcrevo a fala do Deputado José Roberto Batocchio, quando da discussão do Projeto de Lei nº 590/199, de autoria da Deputada Luiza Erundina:

“É importante, Senhor Presidente, Senhoras e Senhores Deputados que o ordenamento jurídico penal brasileiro dê uma resposta austera e rigorosa a essa odiosa modalidade delituosa que é a satisfação da lascívia com a exploração e a deteriorização moral das nossas crianças e dos nossos adolescentes. É mais hedionda, e mais condenável, e mais reprovável ainda é a condição e a conduta daquele que explora esse nefando comércio com finalidade econômica e financeiras”. (In Diário da Câmara dos Deputados, nº 14.552, de abril de 1999).

Não obstante a importância do estudo e análise do processo legislativo que desembocou na regra contida no art. 244-A do ECA, tenho que a tipicidade da conduta há de ser aferida segundo o direito posto. Com efeito, o princípio da legalidade impõe que o crime deve ser definido de maneira clara e objetiva.

O tipo tem função de garantia e obsta que seja considerado crime o que não estiver descrito na Lei.

Insta analisar o crime de forma analítica.

A prova produzida esclareceu à sociedade que entre os dias 16 e 18 de setembro de 2004, o acusado estava em um barco, o iate Amazonian, num passeio entre Manaus e Barcelos, no Estado do Amazonas, em companhia de outros homens quando várias jovens, **que já eram prostitutas**, foram levadas até o iate a fim de realizarem programas sexuais. Nesse contexto, confira-se os depoimentos colhidos ao longo do inquérito.

[...]

Assim visto os fatos, quanto à tipicidade formal, insta interpretar o dispositivo referido art. 244-A do ECA: submeter criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual. O verbo submeter, segundo os mais abalizados dicionaristas brasileiros significa: sujeitar, dominar, subjugar, reduzir à dependência, subordinar alguém a alguma ação.

Ora, se o tipo penal do art. 244-A do ECA é submeter, as ações praticadas pelo acusado não se inserem no núcleo do tipo. **Não houve, na hipótese, qualquer ato**

de dominação, de sujeição. Ao revés, as jovens prostitutas ofereciam seus serviços, como de ordinário, pois, consoante acima destacado, todas se dedicavam à prostituição.

Sendo o verbo nuclear do tipo, submeter, somente está incriminada a conduta daquele que subjuga, obriga a criança ou adolescente a se prostituir. Entender em sentido inverso, seria o mesmo que admitir que o crime em questão estaria assim concebido: “manter relação sexual com criança ou adolescente”.

Poder-se-ia alegar que a lei disse menos do que devia, mas o direito penal não comporta interpretação ampliativa.

O princípio da legalidade reina soberano, erigido que foi à garantia fundamental pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXIX: não há crime sem lei anterior que o defina).

(grifo nosso)

A relatora fez longa transcrição dos depoimentos das vítimas, sempre fazendo referência ao fato de estarem iniciadas na prostituição quando da ocorrência dos fatos. Novamente, o foco deixa de ser o agente que submete criança ou adolescente à prostituição, e passa a ser a própria vítima, em razão de seu comportamento social. Ou seja, o TJDF, inclusive citando o precedente do STJ acima transcrito, igualmente relativiza o princípio constitucional da proteção integral, afastando-o no caso de adolescente prostituída.

Contudo, outra corrente doutrinária surgiu nos Tribunais estaduais, utilizando uma interpretação mais complexa do fenômeno da exploração sexual infantil, de forma a garantir a proteção integral prevista no texto constitucional, assegurando a responsabilização criminal de qualquer envolvido na ESCCA, seja aliciador ou usuário.

Dessa forma, reconhecem que o sujeito ativo do tipo penal previsto no artigo 244-A do ECA não é somente o explorador, aquele que submete habitualmente crianças e adolescentes à exploração sexual, mas igualmente aquele que paga para ter relação sexual com criança.

Exemplificativo desse entendimento é o acórdão abaixo proferido pelo TJDF em 2011:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. ART. 244-A, DO ECA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. INTERPRETAÇÃO TELEOLÓGICA. INICIAÇÃO SEXUAL. PRESCINDIBILIDADE. CONDENAÇÃO. ART. 228, DO CP. INAPLICABILIDADE. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE.

I.(...). 2. O fato de as vítimas menores aderirem, voluntariamente, à proposta de praticar atos sexuais, em troca de dinheiro, não afasta a incidência do art. 244-A, do ECA, dispositivo esse que objetiva, em última análise, eliminar quaisquer atos de exploração sexual em detrimento de crianças e adolescentes. 3. O verbo nuclear "submeter" descrito no art. 244-A, do ECA, não pressupõe qualquer condição especial do sujeito ativo em relação ao sujeito passivo, sendo certo que a criação do referido tipo penal tem como escopo, em última análise, a proteção integral da criança e do adolescente. 4. O agente que assume papel de explorador sexual, mesmo que em proveito próprio, e valendo-se da condição economicamente desfavorecida das vítimas menores, faz tábula rasa do diploma legal que confere condição peculiar de pessoa em desenvolvimento às adolescentes. 5. Para a configuração do tipo descrito no art. 244-A, do ECA, é irrelevante se a criança ou adolescente submetida à prostituição ou exploração sexual possuía ou não experiência sexual à época dos fatos. 6. Não há que se falar em subsunção da conduta do agente ao tipo descrito no, art. 228, do CP, tendo em vista que o art. 244-

A, do ECA , constitui norma especial em relação ao CP. 7. Apelo provido. Sentença absolutória reformada. (AC/TJDFT 0141036-80.2008.807.0001, Órgão julgador: 2ª Turma Criminal, Relator: Des. Amoldo Camanho de Assis. Data do julgamento: 25/02/2011)

Diferentemente do outro precedente do mesmo tribunal, a decisão acima dotou interpretação teleológica e considerou outros fatores para reconhecer a incidência do artigo 244-A nos casos de usuário, reconhecendo existir uma situação econômica que induz a vítima a comercializar o próprio corpo, bem como a importância de garantir o respeito ao princípio constitucional da proteção integral.

Neste caso, o magistrado de primeiro grau absolveu o acusado, ao argumento de que as adolescentes teriam praticado os atos sexuais, voluntariamente, em troca de dinheiro, o que afastaria a elementar referente ao ato de “submeter-las” à prostituição, exigindo-se para a configuração do tipo, determinada situação de dominação sobre a vítima, a exemplo do que ocorre nos casos de pais, tutores e guardiões.

Destacamos trecho do voto da decisão, em que relator afirma que a interpretação dada pelo juiz, em consonância com o entendimento do STJ, confere alcance aquém do pretendido pelo legislador:

Em que pesem os fundamentos esposados pela douta juíza sentenciante, a elementar do tipo descrito no art. 244-A, do ECA, consistente na ação de “submeter” criança ou adolescente à prostituição ou exploração sexual, não exige ato próprio de “quem tem a vítima sob seu jugo, isto é, poder familiar ou situação de fato em que exerce poder ou autoridade sobre a pessoa que explora sexualmente ou prostitui”, conforme delineado na sentença. Veja-se a redação conferida ao mencionado dispositivo, acrescentada pela Lei 9.975, de 23 de junho de 2000, verbis:

“Art. 244-A. Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do art. 2º desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual:

Pena – reclusão de quatro a dez anos, e multa.” (Grifou-se).

Da análise do referido dispositivo, não é possível extrair tal ilação, de forma que a interpretação supramencionada acabou por conferir à norma alcance bem mais reduzido do que o pretendido pelo legislador.

Ademais, destacou o relator que incide a norma tanto para aquele que alicia a criança para a exploração sexual quanto aquele que paga para ter relação sexual com criança (menor de 18 anos), pois, segundo o relator, sujeito ativo é aquele que se utiliza do corpo da criança em troca de dinheiro ou qualquer outra vantagem. Vejamos trecho do voto:

Assim, é forçoso concluir que o tipo penal descrito no art. 244-A, do ECA, não exige condição especial do sujeito ativo, sendo passível de condenação, qualquer pessoa que realize a conduta descrita no dispositivo legal. Confira-se, nesse sentido, passagem de obra já mencionada, in verbis:

[]

“O sujeito ativo deste crime será qualquer pessoa que submeter a criança ou o adolescente a exploração sexual ou prostituição e o proprietário, gerente ou responsável por local em que se verificar essa submissão. (...)

Comete o delito quem submete a criança ou o adolescente a exploração sexual ou a prostituição. Explorar significa tirar proveito, auferir vantagem. Pratica o crime aquele que se utiliza, diretamente, do corpo da criança ou do adolescente como produto de consumo, para práticas sexuais, bem como aquele que favorece, propicia, incentiva, induz, facilita ou promove a intermediação deste corpo em troca de dinheiro ou de qualquer outra vantagem. Incide nas penas previstas para este delito tanto aquele que mantém o contato sexual com criança ou adolescente, numa relação mercantilizada, como aquele que, embora não mantendo contato sexual direto com a criança ou o jovem, auferir vantagem com o contato deste com terceiro.”

Ademais, não há que se falar em subsunção da conduta do apelante ao tipo descrito no art. 228, do CP, tendo em vista que o art. 244-A, do ECA, conforme acima exposto, constitui norma especial em relação ao CP.

Outro ponto de destaque da decisão é que o relator do acórdão não fez qualquer comentário sobre o fato de a vítima já estar inserida na prostituição, reconhecendo assim o princípio da proteção integral, que deve ser aplicado a todo indivíduo menor de 18 anos, consoante o disposto no artigo 227 da Constituição Federal, combinado com o artigo 2º do ECA (que considera adolescente o indivíduo menor de 18 anos). Ou seja, independentemente da condição social da criança ou adolescente, o direito constitucional à proteção integral é reconhecido e protegido.

Em decisão proferida em 2009, no Recurso Especial n. 1.104.802/RS⁴ (Anexo B), o STJ reconheceu o objetivo da norma em proteger o indivíduo em desenvolvimento, ao reformar acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que absolveu dois acusados pelo crime do ECA, entendendo ter havido voluntariedade da vítima em se prostituir, aplicando o artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

O STJ então restabeleceu a sentença condenatória, ao fundamento de que para a configuração do delito de exploração sexual de criança e adolescente basta a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, pois não há no dispositivo menção ao consentimento da vítima. Entendeu o relator que o objetivo da norma é proibir a exploração da prostituição alheia, independentemente do consentimento da vítima, que não possui o necessário discernimento (no caso, a vítima tinha 15 anos à época dos fatos).

O ministro relator adoto o parecer do Ministério Público Federal em suas razões de decidir:

A doutrina admite o consentimento do ofendido como causa supralegal que afasta a tipicidade ou a ilicitude do fato, dependendo do tipo penal que se analisa. Porém, elenca alguns requisitos para que o assentimento seja considerado válido:

(...)

Para nós, o consentimento do ofendido somente surtirá o efeito desejado se estiverem presentes três requisitos fundamentais:

⁴ REsp 1104802/RS, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 16/06/2009, DJe 03/08/2009.

- que o ofendido tenha capacidade para consentir;

.....
O primeiro dos requisitos diz respeito à capacidade do ofendido em consentir. Somente aquele que for penalmente imputável, ou seja, que tiver 18 anos completos e que estiver em estado de perfeita higidez mental, é que poderá consentir. (Rogério Grecco. Curso de Direito Penal – Parte Geral. 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus 2004, p. 415 – grifo nosso)

.....
mesmo no caso da prostituição de adultos, ou seja de pessoas que se presume que tenham o devido discernimento acerca das próprias ações e escolhas, o Código Penal veda a exploração do comércio habitual do corpo de terceiros.

.....
De se ver que o que se pretende é proibir a exploração da prostituição alheia, o lucro a partir da atividade sexual de terceiros, de modo que são indiferentes o consentimento da vítima e o fato de já exercer anteriormente a prostituição. Assim, se reprovável é explorar a prostituição de adultos, ainda que consentida, muito mais grave é a de adolescentes e crianças, vedada constitucionalmente.

Percebe-se que a decisão mais recente do STJ está um pouco mais adequada ao princípio da proibição da proteção insuficiente, tendo em vista o que dispõe o § 4º do artigo 224 da Constituição Federal e o próprio conceito de exploração sexual.

A nova interpretação dada ao dispositivo do ECA respeita igualmente o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo não é inferior ao grau em que se realiza o direito fundamental da proteção.

3 EXPLORAÇÃO SEXUAL INFANTO-JUVENIL NO CÓDIGO PENAL

3.1 Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da exploração sexual infantil, o Projeto de Lei do Senado n. 253/2004 e a Lei n. 12.015/09

Em 2003, foi apresentado o Requerimento n. 02 para criação de uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI), com a finalidade de investigar as situações de violência e redes de exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil. Durante mais de um ano de trabalho, a CPMI realizou reuniões deliberativas e administrativas, viagens, diligências e audiências públicas. Ouviu representantes de entidades da sociedade civil, órgãos do Poder Público, acusados e vítimas de exploração sexual.

Os trabalhos da Comissão concluíram a necessidade de avanço legislativo no Código Penal, pois

[s]obre a legislação penal reinante pairam concepções características da época do exercício autoritário de poder – a primeira metade dos anos 40 – e de padrão insuficiente para a repressão aos crimes sexuais, seja por estigmas sociais, seja pelos valores preconceituosos atribuídos ao objeto e às finalidades da proteção pretendida. Trata-se de reivindicação antiga dos grupos e entidades que lidam com a temática, sob o argumento de que a norma penal, além de desatualizada quanto a termos e enfoques, não atende a situações reais de violação da liberdade sexual do indivíduo e do desenvolvimento de sua sexualidade, em especial quando tais crimes são dirigidos contra crianças e adolescentes. Nesse caso, ocorre descumprimento do mandamento constitucional contido no art. 227, § 4º, de que “a lei punirá severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.” (SABOYA, 2003, p. 285).

Entre as propostas de alteração da legislação então vigente, a substituição do título VI, Dos Crimes contra os Costumes, para Dos Crimes contra a Dignidade Social, a supressão da expressão “mulher honesta”, e a inclusão da figura do vulnerável.

A proteção à dignidade da pessoa humana é reconhecida desde a promulgação da Constituição de 1988, de forma que a sexualidade, como atributo da pessoa humana, exige a mesma proteção. Os direitos sexuais e reprodutivos são reconhecidos desde a Conferência de Beijing, em 1995, oportunidade em que também se enfatizou a necessidade da garantia da autodeterminação, da igualdade e da segurança sexual e reprodutiva das mulheres para a plena vivência de sua saúde sexual e reprodutiva, estabelecendo-se que os Estados-Partes, como o Brasil, têm o dever de proteger tais direitos (TORRES, 2011, p. 186).

Dessa forma, verificou-se que a legislação pátria estava defasada e não mais representava as mudanças sociais e culturais, de forma a reconhecer a necessidade de proteção à dignidade sexual enquanto aspecto da própria dignidade da pessoa humana.

Além disso, o relatório final da CPMI também propôs a ampliação do artigo 244-A do ECA, incluindo “induzir” e “atrair à prostituição” ao núcleo do tipo penal.

A figura do cliente da prostituição infantil também recebeu atenção, com o acréscimo do artigo 218-B ao Código Penal. Quanto à nomenclatura do tipo penal, “Favorecimento à prostituição ou outras formas de exploração sexual”, cumpre destacar a justificativa da CPMI para utilizar a expressão “prostituição” para se referir a crimes contra menor (SABOYA, 2003, p. 290):

Utilizou-se, aqui, a expressão “prostituição”, apesar de haver contestação sobre essa terminologia quando se refere ao envolvimento de crianças e de adolescentes. Observou-se o disposto no Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança quanto à venda de crianças, à prostituição e pornografia infantil, que entende a prostituição infantil como a utilização de crianças em atividades sexuais em troca de remuneração ou de qualquer retribuição. Entretanto, essa expressão é contestada pelos movimentos sociais que enfrentam a questão, sendo preferida a utilização do termo “exploração sexual comercial infantil”, que envolveria não só a prostituição em sentido estrito, mas também a pornografia, o tráfico de pessoas para fim sexual, turismo sexual, entre outras formas de exploração. Além disso, considera-se que a expressão “prostituição” potencializa a discriminação às crianças e adolescentes vítimas, ao mesmo tempo em que oculta a responsabilidade dos adultos, nesse tipo de violência, como aliciadores, indutores ou “clientes”. Entretanto, simbolicamente, *prostituição* é a expressão mais emblemática, apesar de se reconhecerem as razões doutrinárias, o que levou a fazer menção, no tipo penal, a outras formas de exploração sexual comercial das crianças e adolescentes.

Outra alteração feita diz respeito à ação penal prevista para os crimes do Título VI, agora pública para qualquer circunstância (condicionada à representação se a vítima for maior de 18 anos, e incondicionada se a vítima é menor de 18 anos ou pessoa vulnerável). Era uma reivindicação de diversos setores que enfrentavam a problemática, pois entendia-se que a ação penal privada contribuía para a impunidade:

Sem dúvida, a eficácia na proteção da liberdade sexual da pessoa e, em especial, a proteção ao desenvolvimento da sexualidade da criança e do adolescente são questões de interesse público, de ordem pública, não podendo em hipótese alguma ser dependente de ação penal privada e passível das correlatas possibilidades de renúncia e de perdão do ofendido ou ofendida ou ainda de quem tem qualidade para representá-los (SABOYA, 2003, p. 291).

Assim é que em 2004 foi apresentado o Projeto de Lei n. 253, com a proposta de alterar a denominação do Título VI, “Dos crimes contra os costumes” para “Dos Crimes contra a Liberdade e o Desenvolvimento Sexual”.

Outra proposta do PL 253/2003 era incluir um parágrafo 2º ao artigo 109, de forma a tornar imprescritíveis os crimes de estupro, estupro de vulnerável, favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual, tráfico internacional ou tráfico interno para

exploração sexual, enquanto crimes cometidos contra a humanidade, quando cometidos de modo generalizado ou sistemático. A proposta, contudo, não foi aceita pelo Congresso.

O PL 253/2004 deu origem à Lei n. 12.015/09, que substituiu a expressão “Dos crimes contra os costumes” pela expressão “Dos Crimes contra a Dignidade Sexual”, mudando o foco da proteção jurídica.

Segundo a justificativa apresentada pelo Projeto, a redação original do Título VI refletia os interesses de uma sociedade patriarcal e pautada por valores éticos-sociais que primavam pela moralidade sexual. Naquela época, o direito à dignidade sexual enquanto direito individual e, portanto, direito fundamental, ficava em segundo plano. A mudança trazida em 2009 deixa de lado a moral média da sociedade, foco da tutela penal em 1940, e passa a tutelar a dignidade do indivíduo, sob seu aspecto sexual.

Conforme esclarece Rogério Grecco,

[a] evolução da sociedade, portanto, passou a exigir, em consonância com a Constituição Federal de 1988, a formulação de uma nova concepção do objeto jurídico do crime, de forma que assuma especial importância não os padrões éticos-sociais, os bons costumes, mas a dignidade do indivíduo que é colocada em risco. Com efeito, a Constituição Federal, em seu art. 1º, caput, definiu o perfil político-constitucional do Brasil como o de um Estado Democrático de Direito. Trata-se do mais importante dispositivo da Carta de 1988, pois dele decorrem todos os princípios fundamentais de nosso Estado. Verifica-se o Estado Democrático de Direito não apenas pela proclamação formal da igualdade entre todos os homens, mas pela imposição de metas e deveres quanto à construção de uma sociedade livre, justa e solidária; pela garantia do desenvolvimento nacional; pela erradicação da pobreza e da marginalização; pela redução das desigualdades sociais e regionais; pela promoção do bem comum; pelo combate ao preconceito de raça, cor, origem, sexo, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, incisos I a IV); pelo pluralismo político e liberdade de expressão das idéias; pelo resgate da cidadania, pela afirmação do povo como fonte única do poder e, principalmente, pelo respeito inarredável da dignidade humana (art. 1º, inciso III). (GRECCO, 2009, p. 31)

Depreende-se que a tutela da dignidade sexual consiste num dos significados da própria dignidade humana, fundamento do ordenamento jurídico e valor universal e inerente a todo ser humano. Dessa forma, a mudança legislativa significa também a garantia da liberdade sexual, integridade física, a preservação do aspecto psicológico da sexualidade, bem como a autodeterminação sexual da vítima (GRECCO, 2009, p. 32).

Entre outras alterações significativas, a Lei n. 12.015/09 incluiu o artigo 218-B ao Capítulo II (Dos Crimes contra Vulnerável) do Código Penal vigente, tendo a seguinte redação:

Favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável.

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência

mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no caput deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no caput deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Até 2009, o favorecimento à prostituição de crianças ou adolescentes era circunstância agravante do crime de favorecimento à prostituição, previsto no artigo 228, e não um tipo penal próprio. Com a inovação legislativa, o ordenamento jurídico brasileiro tem dois dispositivos que tipificam como crime a mesma conduta – favorecimento de criança ou adolescente à prostituição e à exploração sexual: um de caráter especial, previsto no artigo 244-A do ECA, e outro de caráter geral, o artigo 218-B do Código Penal.

Contudo, algumas diferenças devem ser destacadas. Primeiramente, o artigo do Código Penal adotou terminologia mais precisa, na medida em que tipifica a prostituição e outras formas de exploração sexual, considerando-as categorias distintas, num entendimento similar ao proposto pela Convenção de Estocolmo, em que a prostituição é espécie da categoria exploração. Além disso, o novo dispositivo ampliou as condutas incriminadoras, incidindo no tipo tanto aquele que submete (como previsto no artigo 244-A do ECA), como quem induz, atrai, facilita, ou ainda impede ou dificulta o abandono.

O inciso I do § 2º corrigiu a lacuna do artigo do ECA, e que gerou controvérsias na doutrina e na jurisprudência, responsabilizando criminalmente o cliente e usuário de forma expressa. Assim, a norma incriminadora não fica restrita apenas aos aliciadores ou intermediários, mas igualmente ao explorador direto, cliente ou usuário dos serviços sexuais.

Segundo Nucci,

[a] prostituição, em si, não é ato criminoso. Inexiste tipificação. Logo, quer-se punir, de acordo com o art. 218-B, aquele que insere o menor de 18 anos no cenário da prostituição ou outra forma de exploração sexual, facilita sua permanência ou impede ou dificulta a sua saída da atividade. Por isso, passa-se a punir o cliente do cafetão, agenciador de menores de 18 anos, que tenha conhecimento da exploração sexual. Ele atua, na essência, como partícipe. Não há viabilidade de configuração do tipo penal do art. 218-B, § 2º, I, quando o menor de 18 anos e maior de 14 anos procurar a prostituição por sua conta e mantiver relação sexual com outrem. Afinal, ele não se encontra na “situação descrita no caput deste artigo” (expressão menção feita no § 2º, I, parte final). Quisesse o legislador punir a prostituição juvenil por inteiro, deveria ter construído o tipo penal de forma mais clara, sem qualquer remissão ao caput. (2014, p. 844)

Dessa forma, parte da doutrina entende que não incide no tipo penal do artigo 218-B aquele que mantém relação sexual com menor de 18 anos e maior de 14 anos que se prostitua “por conta própria”, pois não haveria exploração sexual.

Discordamos desse entendimento, na medida em que o tipo penal busca incriminar aquele que favorece a prostituição de menor de 18 anos e maior de 14 anos. Considerando a prostituição como espécie do gênero exploração sexual, pode-se entender que o legislador quis também responsabilizar aquele que favorece a prostituição praticando conjunção carnal ou outro ato libidinoso com o vulnerável (na nomenclatura usada pelo Código Penal). Ou seja, tendo em vista a compreensão de que a exploração sexual apresenta quatro modalidades, sendo a prostituição apenas uma delas, e que esta, no entendimento adotado pelo Congresso de Yokohoma, é o *uso de criança em atividades sexuais em troca de remuneração ou outras formas de consideração*, nos parece que a interpretação mais adequada do dispositivo é aquela que compreende a incidência do tipo penal também quando a criança ou adolescente estiver se prostituindo por “vontade própria”, sem a intervenção de um aliciador ou cafetão, tendo em vista a teoria da proteção integral.

3.2 Revogação tácita do artigo 244-A do ECA?

Com a entrada em vigor do artigo 218-B do Código Penal, parte da doutrina entende que houve revogação tácita do artigo 244-A do ECA, porque ambos dispositivos tratam da tipificação da mesma conduta. A conclusão tem fundamento no § 1º do artigo 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei n. 4657/42):

Art. 2º Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue

§ 1º A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.

Com base nesse dispositivo, parte da doutrina, e da jurisprudência, compreende que o novo artigo 218-B do Código Penal regula inteiramente a conduta tipificada no artigo 244-A do ECA e ainda amplia o alcance na medida em que incluiu outros sujeitos, como o cliente/usuário.

Exemplificativo dessa corrente, o entendimento de Damásio de Jesus (2010, p. 177):

O dispositivo legal [artigo 218-B] substitui o art. 244-A do ECA (agora tacitamente revogado) que até o advento da Lei 12.015/2009 (responsável pela inclusão do art. 218-B no CP), incriminava quem submetesse criança ou adolescente à prostituição ou à exploração sexual. O tipo especial determinava, ainda, que incorria nas penas

do *caput* “o proprietário”, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifique a submissão da criança ou do adolescente às práticas referidas no *caput* do artigo.

No mesmo sentido é o posicionamento de Nucci (2013, p. 146):

Revogação implícita: todo o conteúdo do art. 244-A foi reproduzido pelo art. 218-B, do Código Penal, inserido pela Lei 12.015/2009. Tratando-se de lei mais recente, o art. 218-B afasta a aplicação do art. 244-A. A única alteração diz respeito à pena de multa, que deixa de ser obrigatória pelo art. 218-B, passando a ser exigível se o agente atuar com o ânimo de lucro.

A jurisprudência do TJDFR tem adotado o mesmo entendimento, de revogação tácita do artigo do ECA, conforme se extrai do acórdão proferido pela 2ª Turma Criminal em 2012:

APELAÇÃO CRIMINAL. FAVORECIMENTO DA PROSTITUIÇÃO OU OUTRA FORMA DE EXPLORAÇÃO SEXUAL. RECURSO DEFENSIVO. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO. CONDUTA TÍPICA. TENTATIVA. POSSIBILIDADE.

Segundo o artigo 218-B do Código Penal, pratica o crime quem "submeter, induzir ou atrair à prostituição, ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone".

O crime é material e consuma-se quando o agente induz ou atrai à prostituição ou à exploração sexual a vítima, ainda que esta não adira ao intento criminoso do agente e que não haja o efetivo contato sexual. A tentativa ocorre quando o sujeito passivo se nega a prostituir-se ou a se deixar explorar.

O crime previsto no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente foi revogado tacitamente pelo artigo 218-B, incluído pela Lei nº 12.015/2009.

Recurso conhecido e parcialmente provido.

(Acórdão n.592609, 20100610147975APR, Relator: SOUZA E AVILA, Revisor: ROBERVAL CASEMIRO BELINATI, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 31/05/2012, Publicado no DJE: 06/06/2012. Pág.: 282)

O projeto de lei para o novo código penal prevê a revogação expressa do dispositivo do ECA, conforme se verá no final do capítulo.

3.3 Aplicação do novo artigo 218-B na jurisprudência

O novo artigo do Código Penal ampliou as ações nucleares típicas do favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual. Além de *submeter*, passou a compreender induzir, atrair, facilitar, impedir ou dificultar o abandono.

O TJDFR tem interpretado o dispositivo conforme o entendimento doutrinário segundo o qual a prostituição é apenas uma das modalidades de exploração sexual, a qual abarcaria outros atos tendentes a violar a moral e o desenvolvimento da sexualidade da criança ou adolescente.

Dessa forma, reconhece-se o objetivo da norma de proteger a dignidade e o desenvolvimento sexual da vítima:

[...] o crime em questão não exige que haja a prática de cópula vaginal para a subsunção do fato-norma (favorecimento da prostituição - art. 218-B, CP). O regramento penal violado se refere à exploração sexual "lato sensu", ou seja, qualquer ato libidinoso tendente a vilipendiar a moral e o desenvolvimento da sexualidade da vítima e, em uma escala mais abrangente, a própria dignidade sexual da(o) ofendida(o).

Destarte, para a configuração do delito em exame, é prescindível a comprovação de cópula vagínica recente ou mesmo a identificação do suposto parceiro da vítima⁵.

A consumação se dá no momento em que a vítima passa a se dedicar habitualmente à prostituição, após ter sido submetida, induzida, atraída ou facilitada a atuação pelo agente, ou quando já prostituída ou explorada de outra forma, é impedida ou tem sua saída dificultada (CAPEZ, 2010, p. 109).

A forma tentada é igualmente aceita. Ou seja, quando ainda que a criança ou adolescente não ingresse na prostituição ou não venha a sofrer outro tipo de exploração sexual, conforme decisão proferida pelo TJDF:

Segundo o artigo 218-B do Código Penal, pratica o crime quem “submeter, induzir ou atrair à prostituição, ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone”.

A conduta atribuída ao apelante é a de induzir ou atrair a adolescente, à época com 14 (quatorze) anos, à prostituição ou outra forma de exploração sexual.

O verbo “induzir” significa sugerir, despertar, dar, criar a idéia na cabeça da vítima, de prostituir-se. O verbo “atrair” indica seduzir, chamar atenção de alguém para algo.

Conforme ensinam Paulo José da Costa Jr. e Fernando José da Costa:

Consuma-se as três primeiras espécies delitivas (induzir, atrair, à prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou facilitá-la) com o início da vida de prostituição ou exploração sexual, vale dizer, quando o sujeito passivo ingressar no prostíbulo ou local destinado às práticas lascivas, colocando-se à disposição dos clientes, mesmo que não tenha chegado a receber nenhum. As derradeiras modalidades, consistentes em impedir ou dificultar que a vítima retome o caminho da decência, consumam-se com o prosseguimento na atividade. Admite-se a tentativa, quando o sujeito passivo não se deixa atrair ou induzir, ou quando abandonar o triste mister. (grifo nosso)

Autores como Damásio de Jesus e Cleber Masson também entendem que o crime previsto no artigo 218-B do Código Penal consuma-se com a prática da prostituição ou outra forma de exploração sexual da vítima, quando a conduta do sujeito ativo produz na vítima o efeito desejado, mesmo que não tenha qualquer contato sexual com qualquer pessoa.

Esses autores também admitem a tentativa no crime previsto no artigo 218-B do Código Penal.

⁵ TJ-DF - APR: 20120111439220 DF 0039676-63.2012.8.07.0001, Relator: SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS, Data de Julgamento: 25/09/2014, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 01/10/2014 . Pág.: 189

Registro que o crime previsto no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente foi revogado tacitamente pelo artigo 218-B, incluído pela Lei nº 12.015/2009.

Entendo que o crime é material e consuma-se, quanto aos verbos induzir e atrair, quando a vítima adere ao intento criminoso do agente, que a induz ou atrai à prostituição ou à exploração sexual, ainda que não haja o efetivo contato sexual. A tentativa ocorre quando o sujeito passivo se nega a prostituir-se ou a se deixar explorar.

A hipótese dos autos se amolda perfeitamente ao tipo penal do favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável, na modalidade tentada, uma vez que o agente praticou todos os atos preparatórios, o qual não se consumou por circunstância alheia à sua vontade. No caso, a negativa da vítima já na entrada do motel para o qual ele a conduziu, conforme se verifica ao analisar a prova dos autos.

Os depoimentos da vítima, tanto na fase extraprocessual, como em Juízo, são firmes e harmônicos em afirmar que o apelante propôs-lhe manter relações sexuais com ele duas vezes por semana, mediante o pagamento de R\$ 30,00 (trinta reais) por vez, ou de R\$ 100,00 (cem reais) ou R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) mensais e que ele a levou até a entrada de um motel, momento em que ela gritou dizendo que não entraria.⁶

3.4 Lei 12.978/2014 e inclusão do crime de exploração sexual de crianças e adolescentes no rol de crimes hediondos

Em 21 de maio deste ano, foi sancionada a Lei n. 12.978, originada do Projeto de Lei n. 243/2010, do Senado, que acrescentou o inciso VIII ao artigo 1º da Lei n. 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos) e tornou hediondo o crime de exploração sexual de crianças, adolescentes e vulneráveis, bem como o favorecimento da prostituição destes, sob a seguinte justificativa:

Um dos crimes mais graves de que temos conhecimento é a exploração sexual de crianças e adolescentes. Poucos comportamentos suscitam tanto repúdio social, sobretudo quando resulta em atentado à liberdade sexual e se revela como a face mais nefasta da pedofilia. Estranha-nos, porém, o que de que citado tipo penal, bem como o correspondente dispositivo legal, não esteja incluído entre os crimes hediondos. Com a aprovação do presente projeto de lei, a exploração sexual de crianças e adolescentes receberá tratamento punitivo mais austero, daí resultando o aumento do prazo mínimo para a concessão de diversos benefícios legais, como, por exemplo, o livramento condicional e a progressão de regime, além da impossibilidade de concessão de fiança e anistia.

Com a mudança, o condenado perde os benefícios da anistia, graça ou indulto e não tem direito à fiança. Quanto à progressão de regime, destacamos que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n. 111.840/ES⁷ declarou a inconstitucionalidade do

⁶ TJ-DF - APR: 145445720108070006 DF 0014544-57.2010.807.0006, Relator: SOUZA E AVILA, Data de Julgamento: 31/05/2012, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: 06/06/2012, DJ-e Pág. 282)

⁷ Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59).

§ 1º do artigo 2º da Lei de Crimes Hediondos, afastando a obrigatoriedade do regime fechado par cumprimento da pena.

A Lei n. 8.072/90 já prevê essa classificação para outros dez crimes graves, como estupro de crianças e adolescentes menores de 14 anos e pessoas vulneráveis (que não têm condições de discernimento para a prática do ato devido a enfermidade ou deficiência mental), latrocínio e sequestro seguido de morte.

A previsão legal do crime hediondo está no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal de 1988, segundo o qual,

a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem;

Segundo WIDAL (2014)

Em uma visão sociológica, a definição de crime hediondo é resultado de um maior grau de reprovabilidade social considerado em determinadas infrações penais, já tipificadas na legislação penal. Assim, os crimes tidos como hediondos seriam aqueles que ocupam o topo máximo da pirâmide de desvalorização axiológica criminal, por, abstratamente, possuírem uma ofensividade extrema. Em outras palavras, a lesão ou o perigo de lesão que causam ao bem jurídico tutelado atinge as maiores dimensões de relevância e intolerância no consciente coletivo. Ainda sob o enfoque criminológico, vale apenas anotar a abordagem da criminologia crítica ao tratamento dado aos considerados crimes hediondos, forjado com evidente influência do sistema penal máximo, próprio do movimento de tolerância zero, cuja “clientela”, muitas vezes, está nas classes mais marginalizadas, não se atingindo com a mesma intensidade de reprovação os chamados “crimes de colarinho branco”, como aqueles praticados contra o sistema financeiro.

Assim, o crime de favorecimento da prostituição ou de outra forma de exploração sexual de criança ou adolescente ou de vulnerável passa a ter um tratamento mais rigoroso em

Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado.

(HC 111840, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013)

sua persecução penal e também na fase de execução penal. Reconhecer a hediondez do crime de exploração sexual infantil era um compromisso constitucional do legislador, além de atender a uma expectativa social de que se reprima com mais rigor delitos desta natureza.

Contudo, simplesmente endurecer o tratamento penal e processual penal não é suficiente para reduzir a incidência do crime, como demonstram as constantes denúncias e processos penais que continuam surgindo. Da mesma forma que o advento da Lei de Crimes Hediondos não reduziu o cometimento dos crimes de tráfico e homicídio, a inclusão do crime de exploração sexual no rol de crimes hediondos não pode ser interpretada como suficiente para diminuir os casos, devendo ser necessária a adoção de políticas sociais que combatam os fatores de risco que têm permitido que crianças e adolescentes de classes mais pobres sejam as principais vítimas desse tipo de crime.

3.5 Exploração sexual infanto-juvenil no Projeto de Lei do Novo Código Penal

Em 10 de agosto 2011, foram aprovados os Requerimentos n. 756 e 1.034 para que fossem constituída uma Comissão de Juristas com a finalidade de elaborar um anteprojeto que reformulasse o Código Penal, tendo em vista a evolução da sociedade brasileira e das diferenças do ordenamento jurídico desde 1940, quando foi elaborado o atual Código Penal. A Comissão teve as seguintes tarefas⁸:

- a) modernizar o Código Penal; b) unificar a legislação penal esparsa; c) estudar a compatibilidade dos tipos penais hoje existentes com a Constituição de 1988, descriminalizando condutas e, se necessário, prevendo novas figuras típicas; d) tornar proporcionais as penas dos diversos crimes, a partir de sua gravidade relativa; e) buscar formas alternativas, não prisionais, de sanção penal.

O Projeto de Lei n. 236/2012 do Senado, que propõe a mudança do Código Penal Brasileiro sugere algumas alterações no que se refere aos crimes contra a dignidade sexual. Primeiramente, incluiu-se um capítulo dedicado aos crimes contra a humanidade, inspirado no Estatuto de Roma (recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto n. 4.388/2002), no qual estará inserido, dentre outros, o crime de tráfico de pessoas para fins de exploração sexual.

O projeto apresenta também uma proposta descriminalizadora por meio da supressão dos crimes de “violação mediante fraude”, “mediação para satisfazer a lascívia de outrem”, “casa de prostituição”, “rufianismo”, “ato obsceno” e “escrito ou objeto de obsceno”.

⁸ Relatório final da Comissão de Reforma, p. 3.

Por outro lado, o projeto criminalizou novas ações, tais como “introdução de objetos mediante violência”, ampliou a concepção tradicional de estupro, que passaria a abarcar a prática de ato sexual vaginal, anal e oral, além de dar nova dimensão à exploração sexual infantil, conforme se depreende do anteprojeto apresentado:

O favorecimento ou a indução à prostituição de vulnerável é rigorosamente punido, inclusive prevendo-se pena de 4 a 10 anos para o agente que pratica o ato sexual com criança ou pessoa sem condição de discernir. Assim, finalmente, o “cliente-explorador” tem sua responsabilidade reconhecida em lei, situação até o momento inexistente. Esta é uma importante inovação que tem o fito de evidenciar a responsabilidade daquele que se aproveita de crianças ou de pessoas sem condições de decidir para satisfazer desejos mórbidos e que hoje fica impune por ausência de previsão expressa de lei, inclusive com jurisprudência (esparsa e equivocada) no sentido de que se a criança ou jovem já se encontrava “corrompido” aquele que pratica o ato sexual não deve ser punido. É preciso reconhecer que pessoas vulneráveis, utilizadas no comércio sexual, são vítimas e não autoras de suas próprias tragédias⁹.

Ademais, o relatório final do projeto de lei prevê a mudança do conceito de vulnerável, que, segundo a proposta, passaria a considerar o critério utilizado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, ou seja, criança seria o ser humano até os 12 anos de idade, e não mais o marco de 14 anos da legislação atualmente em vigor.

Conforme a redação proposta:

Art. 517. Para efeitos penais, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade.

No caso do crime de exploração sexual de vulnerável, a proposta inicial era de considerar o patamar de 12 anos. O anteprojeto, apresentado pelo então Senador José Sarney como Projeto de Lei do Senado n. 236 de 2012, trouxe a seguinte proposta de redação para o atual crime de favorecimento à prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável:

TÍTULO IV CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL [...]

Capítulo II Crimes sexuais contra vulneráveis [...]

Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável

Art. 189. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de doze anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

⁹ Relatório final da Comissão de Reforma, p. 326.

- I – quem pratica ato sexual com pessoa menor de dezoito anos e maior de 12 anos, submetido, induzido, atraído ou exercente da prostituição;
 - II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que ocorram as condutas referidas no *caput* deste artigo ou no inciso anterior.
- § 2º Na hipótese do inciso II do § 1º deste artigo, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Nota-se que a proposta inicial manteve os mesmos núcleos do artigo 218-B do atual Código – submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual. A principal mudança, contudo, foi em relação ao limite de idade do vulnerável, na medida em que o anteprojeto acompanhou o critério estabelecido pelo ECA, que considera criança o ser humano até 12 anos.

A justificativa apresentada foi de que *é comum que pré-adolescentes iniciem a vida afetiva aos 13 anos*, de forma que o direito penal atual estaria defasado em relação às alterações de comportamento¹⁰. O mesmo critério foi aplicado para os crimes de estupro de vulnerável (artigo 186 do anteprojeto), manipulação ou introdução de objetos em vulnerável (art. 187) e molestamento sexual de vulnerável (artigo 188). Com a redação sugerida, deixaria de ser crime a exploração sexual de pessoas a partir de 12 anos.

A proposta foi criticada por diversos setores da sociedade, que entenderam que a redução de idade significaria um retrocesso dos direitos da criança¹¹.

Assim, a proposta não foi recepcionada pelo Relatório Final. Entendeu-se que a escolha do patamar de 12 anos teria sido um erro material, na medida em que o limite de 12 anos seria o limite mínimo para o consentimento, de forma que abaixo disso seria hipótese de estupro de vulnerável, para o qual a pena mínima prevista é de oito anos.

Tendo em vista o objetivo de punir a promoção da prostituição infantil, o patamar foi restabelecido para 18 anos, conforme redação a seguir:

Favorecimento da prostituição ou da exploração sexual de vulnerável

Art. 195. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de dezoito anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para decidir:

Pena – prisão, de quatro a dez anos.

§1º Incorre nas mesmas penas:

- I – quem pratica ato sexual com pessoa que tenha menos de dezoito anos e com quatorze anos ou mais, submetida, induzida, atraída ou exercente da prostituição;
- II – o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que ocorram as condutas referidas no *caput* deste artigo ou no inciso anterior;
- III – quem impede ou dificulta que o menor abandone a prostituição.

¹⁰ Relatório final da Comissão de Reforma, p. 324.

¹¹ Deputada luta contra mudança em legislação de estupro de menor – Disponível em: http://www.alerj.rj.gov.br/common/noticia_corpo.asp?num=43361.

§2º Na hipótese do inciso II do §1º deste artigo, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Note-se que o relatório final também incluiu no inciso III a tipificação de quem impedir ou dificultar que o menor abandone a prostituição, diferentemente da redação do artigo 218-B do atual código, que incluiu *facilitar, impedir ou dificultar que abandone* no próprio *caput* do artigo. Recordemos:

Art. 218-B. Submeter, induzir ou atrair à prostituição ou outra forma de exploração sexual alguém menor de 18 (dezoito) anos ou que, por enfermidade ou deficiência mental, não tem o necessário discernimento para a prática do ato, **facilitá-la, impedir ou dificultar que a abandone**:

Pena - reclusão, de 4 (quatro) a 10 (dez) anos.

§ 1º Se o crime é praticado com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.

§ 2º Incorre nas mesmas penas:

I - quem pratica conjunção carnal ou outro ato libidinoso com alguém menor de 18 (dezoito) e maior de 14 (catorze) anos na situação descrita no *caput* deste artigo;

II - o proprietário, o gerente ou o responsável pelo local em que se verifiquem as práticas referidas no *caput* deste artigo.

§ 3º Na hipótese do inciso II do § 2º, constitui efeito obrigatório da condenação a cassação da licença de localização e de funcionamento do estabelecimento.

Note-se que o projeto de lei exclui a previsão de multa quando o crime for praticado com o fim de obter vantagem econômica e a ainda prevê a revogação expressa do artigo 244-A do ECA, conforme artigo 543 do PLS n. 236¹².

Sem alterar substancialmente o que já prevê o atual artigo 218-B do Código Penal, o projeto de lei mantém a proteção à dignidade e ao desenvolvimento sexual da criança e adolescente, tal qual delineado pela Constituição Federal de 1988, pela Convenção de Estocolmo e pela Resolução n. 182 da OIT.

Contudo, como observado nos capítulos anteriores, a efetiva proteção depende em grande parte da atuação do poder judiciário, quando da aplicação da referida norma.

¹² “Art. 543. Ficam revogadas as seguintes disposições legais: Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940; [...] arts. 225 a 244-B da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 [...]”

CONCLUSÃO

Este trabalho teve como objetivo verificar em que medida a legislação e a jurisprudência nacional são consentâneas com o princípio da proibição da proteção deficiente, no que concerne o crime de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes tendo em vista o princípio da proteção integral previsto no *caput* do artigo 227 e seu § 3º da Constituição Federal.

Percebe-se que num primeiro momento, a legislação penal brasileira sequer previa qualquer tipificação do delito, o que reflete o momento histórico, pois até os anos 1980 o tema não tinha a relevância de hoje, e muito pouco se discutia, apesar da ocorrência de exploração sexual em diversas localidades, tanto nacional quanto internacionalmente.

Após a promulgação da Constituição Federal em 1988, com a adoção da teoria da proteção integral e o papel exigido tanto do Estado, como da sociedade e da família na proteção da criança e do adolescente, surge a preocupação com a situação dos jovens. Assim é que é criada a CPI para investigar denúncias de extermínio de crianças, cujas investigações tornaram pública a ocorrência de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes no Brasil.

Contudo, mesmo após a nova constituição, que previu expressamente o combate a exploração sexual infantil (entendida aqui qualquer exploração sexual de menores de 18 anos) no § 3º do artigo 227, não havia na legislação infraconstitucional a tipificação desse delito. Em clara violação ao princípio da proibição da proteção deficiente, por mais de 12 anos não houve previsão legal do crime de exploração sexual infantil, em que pese a existência de projetos de lei nesse sentido (o projeto de lei que deu origem à primeira tipificação é de 1990).

No âmbito internacional, o tema da exploração sexual infantil ganhou repercussão após o Congresso de Estocolmo e a Resolução n. 182 da OIT, que passou a exigir o comprometimento de países e da sociedade civil para o combate do problema. No Brasil, os tratados e convenções assinados levaram à previsão do crime de exploração sexual infantil, no com a inclusão do artigo 244-A ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Primeiramente, de maneira “tímida”, uma vez que o artigo não abarca todas as possibilidades do delito, excluindo, por exemplo, a figura do cliente/usuário. Essa impropriedade levou à decisões judiciais questionáveis, tendo em vista o princípio constitucional da proteção integral, como o famoso Recurso Especial n. 883.944, julgado pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em 2007.

Nesse momento, ainda é possível perceber que a violação ao princípio da proibição deficiente permanecia, haja visto que o legislador criou uma infraproteção, que não cumpria o papel de proteção integral exigido pelo constituinte, deixando desprotegida a maioria das crianças vítimas da exploração sexual comercial, crianças e adolescentes prostituídas que, segundo a decisão proferida pelo STJ, não teriam o mesmo direito ao desenvolvimento sexual de outras crianças.

Até 2009, tanto a jurisprudência quanto a prática judiciária mostraram que a legislação em vigor não era suficiente para combater a exploração sexual infantil e cumprir a exigência constitucional. Com apenas a previsão do artigo 244-A do ECA, por muito tempo os tribunais criaram argumentos para justificar a não aplicabilidade do dispositivo. Nota-se, então, a violação do princípio da proteção deficiente existente então, que permitia uma infraproteção de um grupo considerável de vítimas do crime de exploração sexual.

Tendo em vista a legislação e a jurisprudência brasileira no que diz respeito ao delito de exploração sexual infantil, percebia-se uma divergência entre normatividade do modelo garantista em nível constitucional e sua não efetividade nos níveis inferiores. Como observado por Ferrajoli (2010, p. 785), o princípio garantista era largamente desatendido na prática.

Após a CPMI de 2003, criada exclusivamente para investigar casos de exploração sexual infantil, foi reconhecida a necessidade de aprimorar a legislação, resultando nas alterações do Título VI do Código Penal, promovidas pela Lei n. 12.015/09. Com essa modificação, ampliou-se as possibilidades de tipificação, reconhecendo inclusive a figura do cliente enquanto sujeito ativo do crime de exploração sexual comercial de crianças e adolescentes.

Percebe-se que a decisão mais recente do STJ, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.104.802, pela mesma Quinta Turma, está adequada ao princípio da proibição da proteção insuficiente, tendo em vista o que dispõe o § 4º do artigo 224 da Constituição Federal e o próprio conceito de exploração sexual.

A nova interpretação dada ao dispositivo do ECA respeita igualmente o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, pois o grau de satisfação do fim legislativo não é inferior ao grau em que se realiza o direito fundamental da proteção.

No mesmo sentido, as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que têm buscado o reconhecimento da proteção integral das jovens vítimas do crime de exploração sexual comercial.

Deve-se ter em conta que essas meninas e meninos prostituídos e explorados sexualmente são, na sua maioria, oriundas das classes sociais mais pobres, expostas a fatores

de riscos como violência doméstica, abandono escolar, uso de álcool e drogas, entre outros, que os colocam em situações favoráveis à exploração sexual comercial, suscetíveis a comercializar o próprio corpo em troca da subsistência.

Por isso, o combate a esse grave problema social, antes do uso do direito penal, passa por questões estruturais de satisfação às necessidades básicas como alimentação, saúde, lazer e educação, que devem ser viabilizados por programas de política pública que envolvam o Estado, a sociedade e a família.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ADORNO, Sérgio. **Crime, justiça penal e desigualdade jurídica**: As mortes que se contam no Tribunal do Júri. São Paulo: Revista USP, mar/mai 1994.

ALBERTON, Mariza Silveira. **Violação da Infância – Crimes abomináveis: humilham, machucam, torturam e matam**. Porto Alegre: AGE, 2005.

AZEVEDO, Maria Amélia; GUERRA, Viviane N. de Azevedo. **Crianças vitimizadas: a síndrome do pequeno poder**. 2. ed. São Paulo: Iglu, 1989. 211 p.

BONTEMPO, Denise; BOSETTU, Enza; CÉSAR, Maria Auxiliadora; LEAL, Maria Lúcia P. (Org.) **Exploração sexual de meninas e adolescentes no Brasil**. Brasília: UNESCO/CECRIA, 1995. 144 p.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei Federal nº 8.069/90. Brasília, 1990.

_____. **Código Penal Brasileiro**. Decreto-lei n. 2.848/40. Brasília, 1940.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988.

_____. **Presidência da República. Plano Nacional de Enfrentamento da Violência Sexual Infanto-Juvenil**. 3. ed. Brasília: SEDH/DCA, 2002.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. **Menores corrompidos**: um discurso em defesa dos abandonados do Direito Penal. Disponível em: <www.jusnavigandi.com.br>. Acesso em 15 ago. 2014.

CAPEZ, Fernando. **A objetividade jurídica nos crimes contra a dignidade sexual**. In: Consulex : revista jurídica, v. 14, n. 318, p. 64-65, abr. 2010.

CARVALHO, Adelina de Cássia Bastos Oliveira. **Violência Sexual presumida**. Uma análise em face do princípio constitucional da presunção de inocência e da capacidade de autodeterminação sexual do menor. 2 ed. Curitiba: Editora Juruá, 2005.

CASTANHA, Neide (Org). **Direitos Sexuais são Direitos Humanos**. Caderno Temático. Brasília, 2008.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Breves apontamentos sobre a reforma dos crimes contra a dignidade sexual da pessoa humana**. In: Revista da EMERJ, v. 13, n. 49, p. 29-50 2010.

CURY, Munir. **Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado** — Comentários Jurídicos e Sociais, coord. Munir Cury. 9 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2010.

CUSTÓDIO, André Viana. **Teoria da Proteção Integral**: Pressupostos para compreensão do Direito da Criança e do Adolescente. 2008. Disponível em: <<http://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/viewFile/657/454>>. Acesso em: 23 ago. 2014.

DECLARACIÓN y programa de acción – Primero Congreso Mundial Contra La Explotación Sexual Comercial de los Niños. Estocolmo: Estocolmo, Suécia (1996). Disponível em: <www.csecworldcongress.org/PDF/sp/Stockholm/Outome_documents/Stockholm%20Declaration%201996_SP.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2014.

DELMANTO, Celso. **Código Penal Comentado**: acompanhado de comentários, jurisprudência, súmulas em matéria penal e legislação complementar. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal: garantismo, deveres de proteção, princípio da proporcionalidade, jurisprudência constitucional penal, jurisprudência dos tribunais de direitos humanos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRISH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). **Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais penais, criminalidade moderna e aplicação do modelo garantista no Brasil**. Salvador: Jus Podivm, 2010. P. 25-48.

GAVIÃO, Juliana Venturella Nahas. **A proibição da proteção deficiente**. In: Revista do Ministério Público do RS, nº 61, Porto Alegre, mai. 2008.

GRECCO, Rogério. **Crimes contra a dignidade sexual**. In: Consulex : revista jurídica, v. 13, n. 307, p. 30-32, out. 2009.

LEAL, Maria Lúcia Pinto. **A exploração sexual de meninos, meninas e adolescentes na América Latina e Caribe**. Relatório Final Brasil: Brasília, Brasil. CECRIA, 1999.

_____. **Pesquisa sobre tráfico de mulheres, crianças e adolescentes para fins de exploração sexual comercial**. PESTRAF: Relatório Nacional-Brasil. Brasília: CECRIA, 2002.

LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes. **A exploração sexual das crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais**. 2. ed. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2007. 375 p.

LOWENKRON, Laura. **Abuso sexual infantil, exploração sexual de crianças, pedofilia: diferentes nomes, diferentes problemas?** Sexualidad, Salud e Sociedad: Revista Latinoamericana. Buenos Aires, n. 13, p. 9-29, abr. 2010. Disponível em: <www.sexualidadsaludysociedad.org>. Acesso em 25 ago. 2014.

MELO, Alexandre Soares de. **Exploração Sexual Comercial: uma análise da legislação e da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos casos de crianças e adolescentes prostituídas**. 2013. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas)- Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Os Direitos Fundamentais e seus Múltiplos Significados na Ordem Constitucional**. Revista Jurídica Virtual, Brasília, vol. 2, n. 13, junho/1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/revista/Rev_14/direitos_fund.htm. Acesso em 21 de nov. 2014. p. 1-12.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código penal:** comentado. 12 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10 ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

_____. **Leis penais e processuais penais comentadas.** Vol. 2. 7 ed., rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NUNES, Maria do Rosário. **Pedofilização e Mercado:** o corpo-produto de crianças e adolescentes na era de direitos no Brasil. Rio Grande: Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2009. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Educação, Faculdade de Educação, Universidade Federal do Rio Grande, Rio Grande, 2009.

OIT. **Infância e Adolescência Prevenida da Exploração Sexual na Tríplice Fronteira Argentina – Brasil – Paraguai – Exploração sexual comercial de crianças e adolescentes de A a Z.** Ciudad del Este, julho de 2002.

ONU. **Convenção Internacional sobre Direitos da Criança.** 20/11/1989.

RIZZINI, Irene. **O século perdido:** Raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil. Rio de Janeiro: Editora Universitária Santa Úrsula – AMAIS, 1997.

SABÓIA, Patrícia. **O Trabalho da CPMI da Exploração Sexual:** balanço final. Disponível: <<http://www.senado.gov.br/sebadores/senador/PatriciaSaboia/cpmi.asp>>. Acesso em: 18 out. 2014.

SILVA, Erick Simões da Camara e. O artigo 218-B do Código Penal, criado pela Lei n.º 12.015/2009, e o enfraquecimento da tutela penal no Estatuto da Criança e do Adolescente - Página 2/2. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2296, 14 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/13686>>. Acesso em: 21 out. 2014.

STRECK, Lenio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. *In*: Revista da AJURIS, Porto Alegre, n. 97, mar. 2005, p. 171-202.

WIDAL, Márcio. **Novo crime hediondo: exploração sexual infantil.** 2014. Disponível em: <http://marciowidal.wordpress.com/2014/05/26/novo-crime-hediondo-exploracao-sexual-infantil/>. Acesso em: 29 out. 2014.

Jurisprudência

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 111.840, Relator Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, Brasília, 27 jun. 2012. Diário de Justiça Eletrônico, 17 dez. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 102.087, Relator Min. Celso De Mello. Relator P/ Acórdão Min. Gilmar Mendes. Segunda Turma. Brasília, 28 fev. 2012, Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 21 ago. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 884.333/SC. Relator Ministro Gilson Dipp. 5.T. Brasília, 10 mai. 2007. Publicação: Diário de Justiça da União, 29 jun. 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.104.802/RS, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5.T. Brasília, 16 jun. 2009. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 03 ago. 2009.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Ação Penal n. 20050020085476, Relatora Carmelita Brasil, Revisor Waldir Leôncio Lopes Júnior. Conselho Especial. Brasília, 15 jun. 2010. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 23 jun. 2010

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. AC 0141036-80.2008.807.0001. Relator Des. Amoldo Camanho de Assis. 2ª Turma Criminal. Brasília, 25 fev. 2011

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. APR 20100610147975. Relator Souza E Avila. Revisor Roberval Casemiro Belinati. 2ª Turma Criminal. Brasília, 31 mai. 2012. Publicação: Diário de Justiça Eletrônico, 06 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios. Apelação Criminal nº 0141036-80.2008.807.0001, Segunda Turma Criminal, Relator Des. Amoldo Camanho de Assis. Brasília, 25 fev. 2011.

ANEXO A – Recurso Especial n. 884.333/SC

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 884.333 - SC (2006/0192434-4)

RELATOR : MINISTRO GILSON DIPP
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
RECORRIDO : JURACI BRESSIANI
ADVOGADO : LUÍS CLÁUDIO FRITZEN E OUTRO(S)

EMENTA

CRIMINAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONFIGURAÇÃO. CLIENTE OU USUÁRIO DO SERVIÇO PRESTADO PELA INFANTE JÁ PROSTITUÍDA E QUE OFERECE SERVIÇOS. NÃO ENQUADRAMENTO NO TIPO PENAL. DESCONHECIMENTO DA IDADE DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE DOLO. RECURSO DESPROVIDO.

I. O crime previsto no art. 244-A do ECA não abrange a figura do cliente ocasional, diante da ausência de "exploração sexual" nos termos da definição legal.

II. Hipótese em que o réu contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, o que não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual.

III. Caso em que a adolescente afirma que, argüida pelo réu acerca de sua idade, teria alegado ter 18 anos de idade e ter perdido os documentos, o que afasta o dolo da conduta do recorrido.

IV. A ausência de certeza quanto à menoridade da "vítima" exclui o dolo, por não existir no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. E, em se tratando de delito para o qual não se permite punição por crime culposos, correta a conclusão a que se chegou nas instâncias ordinárias, de absolvição do réu.

V. Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça. "A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas lhe negou provimento." Os Srs. Ministros Laurita Vaz, Arnaldo Esteves Lima e Felix Fischer votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de maio de 2007. (Data do Julgamento)

MINISTRO GILSON DIPP
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 884.333 - SC (2006/0192434-4)

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fulcro nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento ao apelo ministerial, nos termos da seguinte ementa:

"APELAÇÃO CRIMINAL - ARTIGO 244 - DA LEI N. 8.069/90 - SUBMETTER CRIANÇA OU ADOLESCENTE À PROSTITUIÇÃO OU EXPLORAÇÃO SEXUAL - SENTENÇA ABSOLUTÓRIA QUE RECONHECEU A ATIPICIDADE DO FATO (ARTIGO 386, INCISO III, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL) - RECURSO MINISTERIAL - MANUTENÇÃO DO DECISUM - RÉU QUE NÃO SUEJITA OU OBRIGA A VÍTIMA A PRATICAR PROSTITUIÇÃO - ADOLESCENTE JÁ ENTREGUE A TAIS PRÁTICAS - RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Não comete o crime do artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente o agente que, como usuário, se vale dos "serviços" de adolescente já entregue a prostituição.

O verbo núcleo do tipo ("submeter") reflete a conduta daquele que põe criança ou adolescente em situação de exploração sexual, não a daquele que se vale de condição preexistente para satisfazer seus desejos sexuais." (fl. 186).

JURACIR BRESSIANI foi denunciado como incurso nas sanções do art. 244-A da Lei 8.069/90, porque teria contratado adolescente de 14 anos de idade para programa de natureza sexual.

Sobreveio sentença que o absolveu da imputação, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Em sede de apelação, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina manteve a decisão monocrática.

No presente recurso especial, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 244-A do ECA, argumentando no sentido de que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é o respeito e a dignidade da criança e do adolescente, na condição de pessoas em desenvolvimento.

Aduz que o tipo penal ao reproduzir a conduta de "submeter" refere-se a todas as situações em que houver relação de obediência e dependência exercida sobre a criança ou do

Superior Tribunal de Justiça

adolescente, de forma a punir quem contribua com a exploração da prostituição infantil.

Apona divergência jurisprudencial, no sentido de que a conduta abrange não só aquele que visa ao fim lucrativo como a do agente que se beneficia diretamente da prostituição da adolescente, praticando atos libidinosos com a mesma.

Foram apresentadas contra-razões (fls. 230/232).

Inadmitido o recurso (fls. 237/238), os autos ascenderam a esta Corte mediante provimento de agravo de instrumento (fl. 131 do apenso).

A Subprocuradoria-Geral da República opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 269/278).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 884.333 - SC (2006/0192434-4)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO GILSON DIPP(Relator):

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado, que negou provimento ao apelo ministerial, mantendo a sentença absolutória.

Em razões, aponta o recorrente negativa de vigência ao art. 244-A do ECA, argumentando no sentido de que o bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora é o respeito e a dignidade da criança e do adolescente, na condição de pessoas em desenvolvimento.

Aduz que o tipo penal ao reproduzir a conduta de "submeter" refere-se a todas as situações em que houver relação de obediência e dependência exercida sobre a criança ou do adolescente, de forma a punir quem contribua com a exploração da prostituição infantil.

Aponta divergência jurisprudencial, no sentido de que a conduta abrange não só aquele que visa ao fim lucrativo como a do agente que se beneficia diretamente da prostituição da adolescente, praticando atos libidinosos com a mesma.

O recurso é tempestivo. O Ministério Público foi intimado na pessoa de seu representante legal no dia 27/10/2005 (fl. 194), e a petição de interposição do recurso especial foi protocolada em 09/11/2005 (fl. 195).

A matéria foi devidamente prequestionada e a divergência encontra-se configurada nos moldes determinados no art. 255 do RISTJ.

Satisfeitos os requisitos de admissibilidade, conheço do recurso especial.

Passo à análise da irresignação.

O recorrido foi denunciado como incurso nas sanções do art. 244-A da Lei 8.069/90, nestes termos:

"No dia 01 de março de 2002, por volta das 23h30m, o denunciado JURACI BRESSIANI, visando saciar sua lascívia, contribuindo a disseminação da prostituição infantil juvenil, submeteu, nesta cidade de Xavere, a adolescente FRANCIELE SOARES, com 14 anos de idade, a prostituição, ou à exploração sexual, contratando-a para programa sexual, ao que fora surpreendido em seu veículo caminhão, estacionado no pátio da empresa Viccini Pneus, junto à rodovia BR 282, mantendo congresso carnal com a referida adolescente, durante a operação conjunta do Conselho Tutelar e Polícia Militar deste Município, ..." (fl. 02).

Superior Tribunal de Justiça

O Magistrado de primeiro grau julgou improcedente a ação penal e absolveu o réu da imputação, sob os seguintes fundamentos:

"...
No entanto, por mais esforço que se faça, tenho por impossível sustentar que o 'cliente' da prostituta 'submete-se à prostituição'. Ele aproveita uma condição pre-existente, que lhe é oferecida, para obter a satisfação de sua lascívia. Em certo sentido, pode-se dizer que ele contribui para que a prostituta permaneça prostituta. Tomando-se o verbo 'explorar' no sentido de 'obtenção de proveito', e considerando-se o prazer sexual um 'proveito', pode-se até dizer que ele a 'explora'. Mas a despeito desses considerandos, o verbo 'submeter' não cabe nesse contexto.

Aliás, é importante lembrar que sempre que o legislador quis punir atos sexuais, seja porque praticados mediante violência ou grave ameaça, seja porque o praticante estaria se aproveitando de outrem, fez-o de maneira clara e expressa, utilizando os verbos "manter", "praticar", "constranger" e, o mais importante, associando esses verbos às expressões 'conjunção carnal' e 'ato libidinoso'. Os redatores do art. 244-A não tinham motivos para abandonar essa técnica se o que tinham em mente fosse incorporar tais condutas à legislação menorista.

Assim, sua conduta é atípica.

Ressalto que, tanto sob a ótica do art. 244-A do ECA quanto do art. 218 do CP, a absolvição seria medida impositiva em razão do erro de tipo.

É que ambos os crimes só admitem a modalidade dolosa, ou seja, deve ter o acusado consciência de que está mantendo relações sexuais com menor de 18 anos.

No caso, o réu desconfiou da idade da vítima. Perguntou quantos anos ela tinha e, não satisfeito com a resposta de que era maior, chegou a lhe pedir a carteira de identidade, que não lhe foi mostrada sob a desculpa de que o documento havia sido perdido. Contentou-se, então, com a afirmação verbal de Franciele.

Ora, tudo isso leva a crer que a menor aparentava ser mais velha do que era, deixando o réu com dúvidas se ela tinha mais ou menos que 18 anos.

Ou seja, o réu acreditava que ela era maior, mas não tinha certeza. Assim, ante a existência de uma dúvida, foi ele, portanto, imprudente ao se contentar exclusivamente com a palavra de Franciele.

Como o art. 244-A do ECA e o art. 218 do CP não admitem a punição por crime culposo, inviável a condenação." (fls. 134 e 140/141).

O Tribunal a quo manteve a absolvição, em decisão assim proferida:

"O ilustre magistrado, através de consistentes fundamentos, demonstrou a absoluta falta de adequação típica entre a conduta

Superior Tribunal de Justiça

perpetrada pelo acusado e a descrição contida no artigo 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O verbo "submeter", núcleo do tipo, traduz ação de 'subjugar, sujeitar, obrigar a criança ou adolescente a praticar prostituição ou atos outros que estimulem a concupiscência de outrem, com o fim de obter vantagem, ainda que não necessariamente de cunho econômico' (...).

O indivíduo que, como 'usuário', se vale dos 'serviços' de adolescente já entregue a prostituição não a submete à exploração sexual.

Ao que se vislumbra do conjunto probatório, a suposta vítima já estava entregue à prática da prostituição. Inclusive, consta de seu termo de depoimento prestado em juízo (fls. 84):

... Os fatos estão perfeitamente delineados: o acusado estacionou seu caminhão em praça localizada nas proximidades do Colégio Costa e Silva, em Xaxaré, quando foi procurado por Francielli que lhe ofereceu favores sexuais em troca de dinheiro; argüida sobre sua idade, Francielli disse ao acusado contar com mais de 18 anos, alegando ter perdido seu documento de identidade; dirigiram-se (acusado e vítima) até a empresa Viccini Pneus, local em que foram abordados por Policiais Militares e integrantes do Conselho Tutelar.

Não se vê, no caso, relação (tipicidade) entre o tipo incriminador do artigo 244-A da Lei n. 8069/90 e a conduta. Os fatos narrados na inicial acusatória não se juxtapõem ao modelo descritivo constante da lei, com ele não guardando integral correspondência. (fls. 189/191).

O art. 244-A tem o seguinte teor:

Art. 244-A Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no caput do artigo 2º desta Lei, a prostituição ou à exploração sexual:

Penal - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Fernanda D'Aquino Mafra Cerqueira, in Estatuto da Criança e do Adolescente - Noções Gerais, Fortium, 2005, p. 133, aponta que "mencionado dispositivo foi incluído após ampla discussão pela sociedade civil e seus representantes, que pretendiam punição mais rigorosa àqueles que explorassem sexualmente crianças e adolescentes,...".

Afirma a autora que "através do dispositivo, pune-se também o dono de estabelecimento que sirva para proporcionar a prática da exploração sexual contra crianças e adolescentes, obrigando-se uma vigilância mais severa por parte dos funcionários quanto à entrada e permanência dos infantes no local."

Antonio Cezar Lima da Fonseca, (em sua obra Crimes contra a criança e o adolescente, Livraria do Advogado, 2001, p. 146) define os elementos do tipo, buscando esclarecer as condutas que o dispositivo visa coibir, nos seguinte termos:

Documento: 691006 - Intelio Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 29/06/2007

Página 6 de 9

Superior Tribunal de Justiça

"Prostituição é o comércio carnal e cunho sexual. No caso, da-se a exploração do corpo de meninos e meninas, um verdadeiro comércio sexual, onde crianças e adolescentes trocam (ou são obrigadas a trocar) prazeres sexuais por pecúnia.

A exploração sexual, por seu turno, é toda a forma de aproveitamento sexual sobre alguma pessoa. Pode ser a exploração de forma comercial ou não. É todo tipo de atividade onde alguém usa o corpo de uma criança ou de um adolescente para tirar vantagens de caráter sexual, como diz o sociólogo uruguaio Gustavo Leal.

Lourensz e Powell referem que a exploração sexual é uma das duas categorias de abuso sexual, sendo definida como: a) condutas ou atividades relacionadas a pornografia retratando menores; b) promoção ou tráfico de prostituição de menores ou c) coerção de menores à participação de atos obscenos.

Neste aspecto, a exploração sexual seria um gênero, do qual sobressairiam as espécies prevista nos arts. 240 e 241 do ECA. Destarte, podemos entender que, pelo princípio da especialidade, toda exploração sexual de criança e adolescente que não estiver tipificada nos arts. 240 e 241 do ECA, ou nos dispositivos do Código Penal, caberá neste art. 244-A.

A exploração sexual, ademais, pode consistir em condutas que se estendem por um período prolongado ou ser um incidente isolado, não importa.

Por outro lado, a concordância da criança ou do adolescente, seja com a prostituição ou com a exploração sexual, também desimporta a configuração do crime, porque são hipossuficientes em sua vontade..."

Dentro desse contexto, o crime previsto no art. 244-A do ECA, parece não abranger, de fato, a figura do cliente ocasional, diante da ausência de "exploração sexual" nos termos da definição acima referida.

O mencionado dispositivo abrange a figura do rufião, do cafetão, isto é, daquele que promove a prostituição do menor, mas em nenhum momento a doutrina cita a figura daquele que se utiliza do "serviço" prestado pela criança ou adolescente já entregue à prostituição.

A conduta do réu, no presente caso, que contratou adolescente, já entregue à prostituição, para a prática de conjunção carnal, não encontra enquadramento na definição legal do art. 244-A do ECA, que exige a submissão do infante à prostituição ou à exploração sexual.

Não é o caso, também, de enquadramento na regra do art. 218 do Código Penal (corrupção de menores), na medida em que a iniciativa na prática dos atos libidinosos foi inteiramente atribuída à Franciele, que procurou o réu o *"lhe ofereceu favores sexuais em troca de dinheiro"*.

Não bastasse isso, o presente caso apresenta situação peculiar - afirmada pelo

Superior Tribunal de Justiça

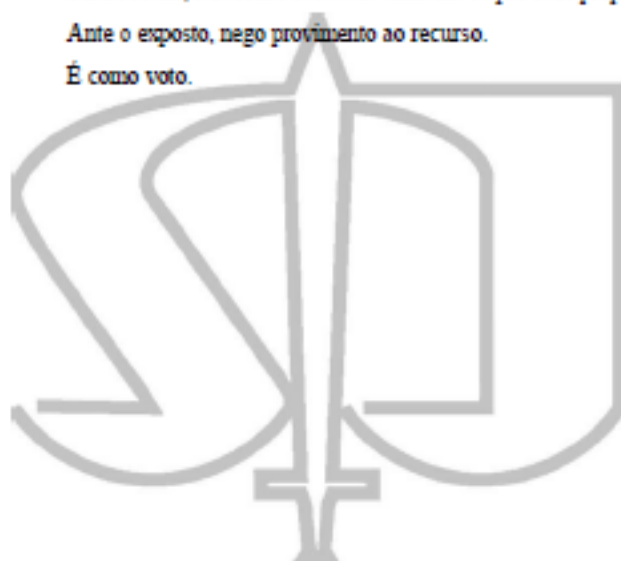
Juiz singular e confirmada pelo Tribunal *a quo* - na qual a adolescente afirma que, argüida pelo réu acerca de sua idade, teria alegado ter 18 anos de idade e ter perdido os documentos, o que afasta o dolo da conduta do recorrido.

A ausência de certeza quanto à menoridade da "vítima" exclui o dolo, por não existir no agente a vontade de realizar o tipo objetivo. E, em se tratando de delito para o qual não se permite punição por crime culposos, correta a conclusão a que se chegou nas instâncias ordinárias, de absolvição do réu.

Sendo assim, o acórdão recorrido mantém-se por seus próprios fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.



ANEXO B – Recurso Especial n. 1.104.802/RS*Superior Tribunal de Justiça***RECURSO ESPECIAL Nº 1.104.802 - RS (2008/0250701-3)**

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : P V DOS S
RECORRIDO : J N W
ADVOGADO : LÉA BRITO KASPER - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS
EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVANTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, basta a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, sendo irrelevante o seu consentimento.
2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença condenatória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Jorge Mussi e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Felix Fischer e Napoleão Nunes Maia Filho.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Jorge Mussi.
Brasília (DF), 16 de junho de 2009(Data do Julgamento).

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
Relator

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.104.802 - RS (2008/0250701-3)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA
RECORRENTE : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
RECORRIDO : P V DOS S
RECORRIDO : J N W
ADVOGADO : LÉA BRITO KASPER - DEFENSORA PÚBLICA E OUTROS

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, com fundamento no art. 105, III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça local assim ementado (fl. 294):

APELAÇÃO CRIME. SUBMISSÃO DE MENOR À PROSTITUIÇÃO. COMPROVADA A VOLUNTARIEDADE DA SUPOSTA VÍTIMA EM SE PROSTITUIR. AUSÊNCIA DE COERÇÃO. ELEMENTARDO TIPO PENAL. ABSOLVIÇÃO.

Para a caracterização do delito de submissão de menor à prostituição há a necessidade da existência de conduta comissiva dos réus no sentido de impor à vítima a prática sexual mediante pagamento.

E, no caso concreto, ao contrário do quanto exposto, a prova é segura no sentido de que a menor (contando com 15 anos de idade na data em que fazia programas na boate dos réus) já era prostituta desde os 12 anos de idade e, depois da prisão dos acusados, permaneceu fazendo programas sexuais.

A suposta vítima sequer foi localizada pelo Ministério Público para prestar depoimento judicializado.

Do termo de declarações na polícia, extrai-se que a menor estava na boate dos réus há 07 dias, quando surpreendida pela Brigada Militar e que era a primeira vez que naquele local trabalhava. Entretanto, expressamente afirma ter anteriormente trabalhado em outras casas noturnas como prostituta e que em sua cidade natal se prostituía nas ruas.

Resta, pois, evidente que a suposta ofendida exercia por vontade própria a prostituição como meio de vida, inexistindo qualquer relato de coerção por parte dos acusados para que essa realizasse programas sexuais.

Ainda, em juízo foram ouvidas testemunhas que corroboram tais fatos.

O tio da suposta ofendida confirmou que essa se prostituía desde os 12 anos de idade e que no dia dos fatos estava fazendo um programa com um caminhoneiro e, após, pediu para que o cliente a deixasse novamente na boate dos réus, fato que denota a voluntariedade na prática da prostituição.

Diante de todos esses elementos de prova, não há falar em tipicidade da conduta atribuída aos denunciados, uma vez ausente da parte desses qualquer ato comissivo de coerção da menor à prática de atos sexuais mediante pagamento.

Provimento aos apelos dos réus para absolvê-lo das imputações de submissão de menor à prostituição, forte no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal.

Superior Tribunal de Justiça

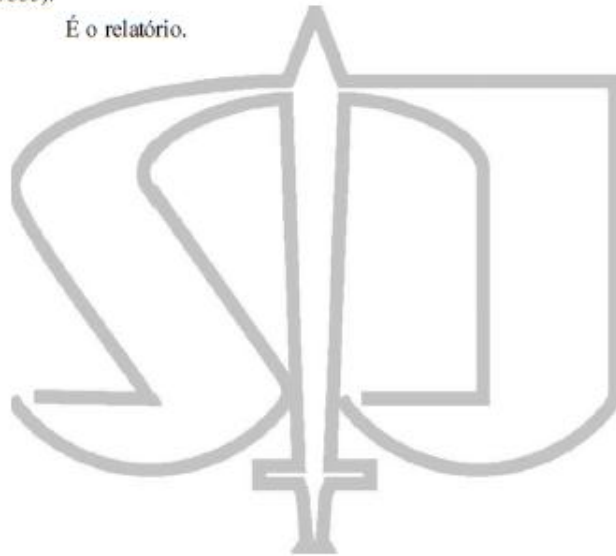
APELOS DEFENSIVOS PROVIDOS.

Sustenta o recorrente violação do art. 244-A do Estatuto da Criança e do Adolescente. Aduz ser prescindível o dissenso da vítima para a configuração do delito de exploração sexual de adolescente, uma vez que o ECA pressupõe a hipossuficiência volitiva, a ensejar maior tutela estatal (fl. 303).

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 316/321.

O Ministério Público Federal, em parecer exarado pelo Subprocurador-Geral da República JAIR BRANDÃO DE SOUZA MEIRA, opinou pelo provimento do recurso especial (fls. 331/335).

É o relatório.



Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.104.802 - RS (2008/0250701-3)

EMENTA

PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ART. 244-A DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. CONSENTIMENTO DA VÍTIMA. IRRELEVANTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e adolescente, previsto no art. 244-A do ECA, basta a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual, sendo irrelevante o seu consentimento.

2. Recurso especial conhecido e provido para restabelecer a sentença condenatória.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA(Relator):

Da análise dos autos, verifica-se que os recorridos foram condenados, em primeira instância, pela prática do delito previsto no art. 244-A do ECA, por contratarem adolescente de 15 anos de idade, para trabalhar em boate.

O Tribunal de origem, acolhendo os apelos defensivos, absolveu os réus sob a fundamentação de ausência de coerção da vítima, elementar do tipo penal.

O recurso merece provimento.

Dispõe o art. 244-A do ECA:

Submeter criança ou adolescente, como tais definidos no *caput* do art. 2 ° desta Lei, à prostituição ou à exploração sexual.

Pena - reclusão de quatro a dez anos, e multa.

Para a configuração do delito de exploração sexual de criança e adolescente, basta a submissão da vítima à prostituição ou exploração sexual. Não há menção ao consentimento da criança ou adolescente como elementar do tipo. A norma visa proibir a exploração da prostituição alheia, independente do consentimento da vítima, que no caso não possui o devido discernimento.

Da sentença condenatória, é possível extrair o conhecimento dos réus acerca da idade da menor (fl. 239).

Também, o Ministério Público Federal, em parecer bem fundamentado, que adoto como razões de decidir, assim se pronunciou (fls. 333/334):

A doutrina admite o consentimento do ofendido como causa supralegal que afasta a tipicidade ou a ilicitude do fato, dependendo do tipo penal que se analisa. Porém, elenca alguns requisitos para que o assentimento seja considerado válido:

(...)

Superior Tribunal de Justiça

Para nós, o consentimento do ofendido somente surtirá o efeito desejado se estiverem presentes três requisitos fundamentais:

- que o ofendido tenha capacidade para consentir;

.....
 O primeiro dos requisitos diz respeito à capacidade do ofendido em consentir. Somente aquele que for penalmente imputável, ou seja, que tiver 18 anos completos e que estiver em estado de perfeita higidez mental, é que poderá consentir. (Rogério Greco. Curso de Direito Penal - Parte Geral, 4 ed. Rio de Janeiro: Impetus; 2004, pág. 415 - grifo nosso)

.....
 mesmo no caso da prostituição de adultos, ou seja de pessoas que se presume que tenham o devido discernimento acerca das próprias ações e escolhas, o Código Penal veda a exploração do comércio habitual do corpo de terceiros.

.....
 De se ver que o que se pretende é proibir a exploração da prostituição alheia, o lucro a partir da atividade sexual de terceiros, de modo que são indiferentes o consentimento da vítima e o fato de já exercer anteriormente a prostituição. Assim, se reprovável é explorar a prostituição de adultos, ainda que consentida, muito mais grave é a de adolescentes e crianças, vedada constitucionalmente.

Assim, irrelevante o fato de a adolescente já ser iniciada na vida sexual e fazer da prostituição forma de trabalho. O intuito da Lei 8.069/90 é proteger o indivíduo em desenvolvimento.

Ante o exposto, **conheço** do recurso especial e dou-lhe provimento para restabelecer a sentença condenatória.

É o voto.